

Haftung für Unterschriftenfälschung im Bankverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
SABINE KILGUS
von Schaffhausen

1987

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser



Haftung für Unterschriftenfälschung im Bankverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
SABINE KILGUS
von Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 103 der Reihe Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser.

Meinen Eltern

VORWORT

Der Titel dieses Buches mag manchen Leser dazu anhalten, bei einer ersten, oberflächlichen Betrachtung dieser Problemstellung an Fälle zu denken, bei denen das Konto eines ahnungslosen Bankkunden durch die Manipulationen eines Fälschers in Mitleidenschaft gezogen wird. In aller Regel wird er im nächsten Schritt die Bank verurteilen, dass sie die Fälschung nicht erkannt hat, oder aber, er verurteilt die Bank, weil sie mit Hilfe ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen versucht, möglichst viele Risiken, inkl. das Fälschungsrisiko, von vornherein auszuschalten.

Wer lediglich eine Bestätigung dieser These sucht, wird durch die Arbeit enttäuscht sein: Zweifellos gibt es Fallkonstellationen, auf welche die oben umschriebene Polarität zutrifft; mit dieser Vereinfachung kann jedoch den in der Praxis möglichen und auftretenden Fallkonstellationen nicht genügt werden.

Die Erarbeitung der vorliegenden Dissertation hat gezeigt, dass der Streit im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Erfassung der Fälschung auf zwei grundlegend verschiedenen - im Innenverhältnis wiederum vielfältige Fragen aufwerfenden - Ebenen ausgefochten wird:

Auf der einen Seite steht eine klare vertragsrechtliche Dogmatik, die ermöglicht, dass das Entstehen für Fälschungen der einen oder der anderen Partei - u.U. unter gewissen Härten - zugeordnet werden muss und kann. Die Fälschungsfälle erweisen sich dabei als Probleme der vertraglichen Risikotragung. Diesem dogmatischen Ansatz steht die Regelung des Entstehensmüssens für gefälschte Unterschriften auf der Stufe des konkreten Falles gegenüber, wo mittels konkreter Beweisführung geprüft werden muss und wird, ob eine Fälschung vorliegt, bzw. ob eine solche (vom Vertragspartner) im Rahmen eines sinnvollen Aufwandes erkannt werden kann. Das alles entscheidende Gewicht kommt auf dieser Stufe der Beweisermittlung und der Beweiswürdigung zu. Welchen Schwierigkeiten die Vertragsparteien und anschliessend der Jurist ausgesetzt sind, wenn die gegenseitigen Sorgfaltspflichten bestimmt werden sollen, zeigt der kriminaltechnische Exkurs m.E. deutlich.

Eine sinnvolle und befriedigende Erfassung der Fälschungsfälle kann m.E. nur dadurch erreicht werden, dass die beiden unterschiedlichen Ansatzpunkte einer

Lösung der Fälschungsfälle bei der Prüfung der Risikotragung einfließen:

Bevor nicht die Risikoverteilung in grundsätzlicher Hinsicht geklärt ist, kann auf der Ebene des konkreten Falles durch kein Beweisverfahren entschieden werden, wer allenfalls welche Pflichten verletzt haben könnte. Mit dieser Arbeit sollte deshalb versucht werden, die Fälschungsproblematik in diesem Spannungsfeld darzustellen, wobei im Auge behalten werden muss, dass - wenn nicht eine generelle pauschalisierte Lösung vorgezogen wird - die Zuordnung der Fälschungsfälle, d.h. das Entstehenmüssen für gefälschte Unterschriften, im konkreten Fall somit auf der Ebene der Beweisführung und Beweiswürdigung vorgenommen wird.

Ich möchte nicht versäumen, an dieser Stelle allen Personen meinen Dank auszusprechen, die mich bei der Verfassung dieser Dissertation unterstützt haben.

Dieser Dank gebührt zuerst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. P. Forstmoser, der mir bei aller akademischen Freiheit kritische Anregungen und wohlwollende Unterstützung entgegengebracht hat.

Des weiteren gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. C. Schott, der mir während meiner Assistenzjahre den Zugang zu kritischem Denken und selbständigem wissenschaftlichen Arbeiten geöffnet hat.

Ein grosses Dankeschön verdienen auch Frau Vreni Fontana, Herr Stefan Schalch und Herr Alexander Barth für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Nicht zuletzt möchte ich mich auch bei Herrn Patrizio Collovà bedanken, ohne dessen Hilfe die Verfassung dieser Arbeit mit Hilfe des Computersystems des Rechenzentrums der Universität Zürich nicht denkbar gewesen wäre.

INHALTSÜBERSICHT

1. TEIL Grundlagen: Wesen und Bedeutung der Unterschrift aus juristischer und schriftvergleichender Sicht	1
1. KAPITEL Die Unterschrift im Rechtsverkehr	1
§ 1 Die Unterschrift als Bestandteil der Urkunde	1
§ 2 Definition der Unterschrift im geltenden schweizerischen Recht	12
§ 3 Funktion der Unterschrift im Rechtsverkehr	17
2. KAPITEL Die Unterschrift in der Schriftvergleichung	21
§ 4 Wesen und Funktion der Unterschrift in der modernen Schriftvergleichung	21
 2. TEIL Die Fälschung der Unterschrift	27
1. KAPITEL Fälschung aus der Sicht der Schriftvergleichung	27
§ 5 Fälschungsvarianten	27
§ 6 Arbeitsweise und Methode der Schriftvergleichung	32
§ 7 Erkennen der einzelnen Arten von Unterschriftenfälschungen anhand der schriftvergleichenden Merkmalskriterien	47
§ 8 Umstände bei der Fälschung einer Unterschrift, die die schriftvergleichende Untersuchung erleichtern, bzw. erschweren	54
§ 9 Möglichkeiten der Vermeidung von Fälschungen aufgrund der Erkenntnisse der Schriftvergleichung	58
2. KAPITEL Die Unterschriftenfälschung aus juristischer Sicht	60
§ 10 Strafrechtliche Erfassung der Fälschung	60
§ 11 Zivilrechtliche Erfassung der Fälschung	63

3. TEIL Die Fälschungsproblematik bei Bankverträgen im speziellen	93
1. KAPITEL Beispiele von Unterschriftenfälschungen aus der Rechtsprechung	93
§ 12 Schweizerische Praxis	93
§ 13 Ausländische Praxis	109
2. KAPITEL Untersuchung der Fälschungsproblematik bei 'Bankverträgen'	115
§ 14 Die Kernprobleme in der Darstellung der Rechtsprechung zur Unterschriftenfälschung	115
§ 15 Bankvertragsrechtliche Erfassung der Fälle von Unterschriftenfälschungen	120
§ 16 Unterschriftenfälschung und Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken	149

INHALTSVERZEICHNIS

1. TEIL Grundlagen: Wesen und Bedeutung der Unterschrift aus juristischer und schriftvergleichender Sicht	1
1. KAPITEL Die Unterschrift im Rechtsverkehr	1
§ 1 Die Unterschrift als Bestandteil der Urkunde	1
A Schriftform	1
B Historischer Ueberblick	1
I. Definition der Urkunde im allgemeinen	1
II. Die Elemente dieser Definition	2
1. Aeusserung eines menschlichen Gedankens	2
2. Schriftlichkeit	2
3. Festhalten rechtserheblicher Vorgänge	3
4. Beglaubigung	3
a) Arten der Beglaubigung	3
b) Historischer Abriss über die verschiedenen Beglaubigungsarten	4
C Urkundendefinitionen im geltenden schweizerischen Recht	5
I. Strafrecht	5
1. Im Gesetz	5
2. Durch die Lehre	5
II. Zivilrecht	7
1. Im Gesetz	7
2. Durch die Lehre	8
III. Verfahrensrecht	9
1. Im Gesetz	9
2. Durch die Lehre	10
D Recht der Urkunden als Bereich 'zwischen' materiellem Recht und Verfahrensrecht	11
I. Privatrecht	11

II. Verfahrensrecht	12
III. Strafrecht	12
§ 2 Definition der Unterschrift im geltenden schweizerischen Recht	12
A Strafrecht	13
I. Im Gesetz	13
II. Durch die Lehre	13
B Verfahrensrecht	13
I. Im Gesetz	13
II. Durch die Lehre	14
C Zivilrecht	14
I. Im Gesetz	14
1. Fehlende Legaldefinition	14
2. Umschreibung einzelner Merkmale einer (gültigen) Unterschrift	14
a) OR 13	15
b) OR 14/15	15
c) OR 16	15
II. Durch die Lehre	15
§ 3 Funktion der Unterschrift im Rechtsverkehr	17
A Anerkennung der Urkunde	17
B Identitätsprüfung des Ausstellers/Unterschreibenden	18
I. Unterschrift bedeutet Unterzeichnen mit dem Namen des Ausstellers	18
II. Eigenhändigkeit der Unterschrift als zuverlässiges Identifikationsmerkmal	19
III. Sonderproblem: Stellvertretung	19
2. KAPITEL Die Unterschrift in der Schriftvergleichung	21
§ 4 Wesen und Funktion der Unterschrift in der modernen Schriftvergleichung	21
A Terminologisches	21
I. Schriftvergleichung	21

II. Graphologie	22
B Erkenntnisse der modernen Schriftvergleichung	22
I. Unterschrift als Bestandteil der Handschrift	22
II. Definition der Handschrift	23
III. Konsequenzen dieser Definition	24
IV. Eigentümlichkeiten der Unterschrift gegenüber der 'gewöhnlichen' Handschrift	26

2. TEIL Die Fälschung der Unterschrift 27

1. KAPITEL Fälschung aus der Sicht der Schriftvergleichung 27

§ 5 Fälschungsvarianten 27

A Uebersicht 27

B Zu den prinzipiellen Fälschungsvarianten im einzelnen 27

I. Unterscheidung nach dem Urheber der Fälschung 27

1. Schriftverstellung 28

2. Fälschung 29

II. Unterscheidung nach der Art der Fälschung 29

1. Pausfälschungen 29

2. Freihandfälschungen 30

III. Fingierte Unterschriften 30

IV. Schreibhilfe 31

§ 6 Arbeitsweise und Methode der Schriftvergleichung 32

A Vorbedingungen der Schriftvergleichung 32

I. Naturwissenschaftlich-kriminaltechnische Untersuchung fraglicher Urkunden 52

1. Untersuchung des Urkundenstoffes 32

2. Untersuchung des Schreibmittels 33



II. Technischer Nachweis von Pausfälschungen	33
1. Ermittlung der Deckungsgleichheit	34
2. Elektrostatische Oberflächenprüfung	34
III. Beschaffenheit des Vergleichsmaterials	34
1. Anerkennung des Vergleichsmaterials	35
2. Genügend Vergleichsmaterial	36
3. Originaldokumente	36
4. Art des Schrifterzeugnisses	38
5. Entstehungszeit	38
IV. Schriftproben	39
V. Aktenkenntnis	39
VI. Kenntnis der Schulvorlage	40
B Vorgehensweise bei der schriftvergleichenden Untersuchung	41
I. Methodologische Uneinigkeit in wissenschaftlicher Hinsicht	41
II. Konsequenzen für die Praxis	42
III. Erfassung der graphischen Komponenten/Merkmale einer Schrift nach Michel	42
1. Globale Schriftmerkmale	42
2. Graphische Grundkomponenten	42
a) Strichbeschaffenheit	42
b) Druckgebung	43
c) Bewegungsfluss	43
d) Bewegungsführung und Formgebung	43
e) Bewegungsrichtung	44
f) Vertikale Ausdehnung	44
g) Horizontale Ausdehnung	44
h) Vertikale Flächengliederung	44
i) Horizontale Flächengliederung	45
k) Sonstige Merkmale	45
IV. Wertung der Grundkomponenten der Schrift im Hinblick auf Fälschungsmerkmale	45
1. Vereinfachende Schematisierung	45
2. Erkennung einer Fälschung	46

§ 7 Erkennen der einzelnen Arten von Unterschriftsfälschungen anhand der schriftvergleichenden Merkmalskriterien	47
A Pausfälschungen	47
I. Vorprägespuren	47
II. Deckungsgleichheit	47
III. Druckverlauf, Strichbeschaffenheit und Bewegungsführung	48
1. Unmotivierte Unterbrechungen	48
2. Andere Bewegungsführung	48
B Freihandfälschungen	49
I. Langsam nachgeschriebene, gemalte Freihandfälschungen	49
II. Zügig geschriebene Freihandfälschungen	50
C Schriftverstellung	50
I. Verstellungstaktiken	50
II. Erkennbarkeit der Schriftverstellung	51
D Fazit und Zusammenfassung	51
E Technische Unterschriftenprüfung	52
I. Optische Unterschriftenprüfung	52
II. Differenziertere Geräte	53
III. Weitere Mittel zur Identitätsprüfung	53
 § 8 Umstände bei der Fälschung einer Unterschrift, die die schriftvergleichende Untersuchung erleichtern, bzw. erschweren	 54
A Erleichterungen für den Schriftexperten = Erschwerungen für den Fälscher	54
I. Natürlichkeit der Unterschrift	54
II. Bekanntheit der echten Unterschrift beim Empfänger	54
III. Unterschriftsleistung in Anwesenheit des Empfängers	54
B Erschwerende Umstände für den Schriftexperten = Erleichterungen für den Fälscher	55
I. Schlechtes Vergleichsmaterial	55
II. Schriftstörungen	55
1. Innere	55
2. Aeussere	55
III. Umstände, die in der individuellen Zeichungsweise liegen	56
1. Grosse intraindividuelle Schwankungsbreite	56

2. Kurzer Name	56
3. Natürliche Aehnlichkeit der zu fälschenden Unterschrift mit derjenigen des Fälschers	56
4. Beschaffenheit der einzelnen graphischen Grundkomponenten	57
IV. Vorherige Einübungsmöglichkeit	57
V. Fälschungstalent	57
VI. Schreibmittel	58

§ 9 Möglichkeiten der Vermeidung von Fälschungen aufgrund der

Erkenntnisse der Schriftvergleichung

A Erschwerte Arbeitsbedingungen für potentielle Fälscher	58
B Mindestanforderungen an die Unterschrift selbst	59
C Fälschungssichereres Schreibmaterial	59

2. KAPITEL Die Unterschriftenfälschung aus juristischer Sicht

§ 10 Strafrechtliche Erfassung der Fälschung

A Straftatbestand	60
B Ratio legis	60
C Unterschriftenfälschung als Tatbestandsvariante der Urkundenfälschung	61
I. Identitätstäuschung durch Unterschriftenfälschung	61
II. Ermittlung des wahren Ausstellers nach der sog. Geistigkeitstheorie	61
III. Zusammenfassung	62

§ 11 Zivilrechtliche Erfassung der Fälschung

A Vorbemerkungen	63
B Die Unterschriftenfälschung im Recht der privatrechtlichen Willenserklärung	64
I. Definitionen der Willenserklärung	64
1. Fehlende Definition im Gesetz	64
2. Definitionen durch die Lehre	65
a) Gemeines Recht	65
b) Geltendes deutsches Recht	66

c) Schweizerische Lehre	68
aa) Begriffsbestimmung	68
bb) Die Elemente der Willenserklärung	69
cc) Konsequenzen dieser Begriffsbestimmung	69
dd) Kritik am methodischen Vorgehen	71
II. Qualifikation der Fälschung	72
1. Keine Willenserklärung seitens des Namensträgers	72
a) Qualifikation aufgrund des Begriffes der Willenserklärung	72
b) Qualifikation aufgrund des Vertrauensprinzips	73
2. Unmittelbare Rechtsfolgen	74
a) Gefälschte Willenserklärung als NICHT - Erklärung	74
b) Willenserklärung kraft Zurechnung	74
c) Würdigung des Ergebnisses	75
d) Haftungsfragen	75
III. 'Haftung' für eine gefälschte Willenserklärung	76
1. Definition einer sogenannten Rechtsscheinhaftung	76
a) Herleitung aus dem Wertpapierrecht	76
aa) Definition des Wertpapiers	77
bb) Insbesondere die Papiere öffentlichen Glaubens	78
cc) Interessenlage bei Wertpapieren öffentlichen Glaubens	79
b) Wertpapierrechtliche Rechtsscheintheorie	80
aa) Rechtsscheintheorie als Konsequenz des Streites um die Entstehung eines Wertpapiers	80
bb) Kurze Zusammenfassung der einzelnen Theorien	80
cc) Heute herrschende schweizerische Lehre	81
dd) Dogmatische Einordnung der Fälschung	82
c) Haftung für geschaffenen Rechtsschein im allgemeinen (deut- schen) Vertragsrecht	83
aa) Dogmatische Erarbeitung	83
bb) Auswirkung der dogmatischen Erkenntnisse auf das Einstehen- müssen	84
2. Parallele zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauensprinzip	85
a) Allgemeine dogmatische Erkenntnisse	85
b) Unterschiede im einzelnen trotz der funktionalen Parallelität	85
c) Einbettung der Fälschungstatbestände	86

IV. Die Fälschungsproblematik als Frage der Risikoverteilung	86
1. Funktion des Risikogedankens innerhalb des Vertrauensprinzips, bzw. der Rechtsscheinhaftung	87
a) Grundsatz	87
b) Fallkonstellationen innerhalb des Risikobereiches	87
aa) Allgemeine Umschreibung	87
bb) Versuch einer allgemeinen Umschreibung des haftungsbe- gründenden, beherrschbaren Risikobereiches	88
cc) Beispiele	89
dd) Zusammenfassung der massgebenden Einstandsbereiche	91
C Zusammenfassung der Ergebnisse der allgemeinen Vertragsdogma- tik	91

3. TEIL Die Fälschungsproblematik bei Bankverträgen im speziel- len	93
--	-----------

1. KAPITEL Beispiele von Unterschriftenfälschungen aus der Rechtsprechung	93
--	-----------

§ 12 Schweizerische Praxis	93
A Unveröffentlichter Entscheid i.S. Okcuoglu gegen SBG vom 25.10.1960	93
I. Sachverhalt	93
II. Urteil	94
III. Begründung des Bundesgerichts	94
IV. Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Begründung	96
B Sem. jud. 94 (1972) 33 ff	97
I. Sachverhalt	97
II. Urteil	97
III. Begründungen der Gerichte	97
IV. Bemerkungen zur Begründung	98

C BGE 105 II 289	99
I. Sachverhalt	99
II. Urteil	99
III. Begründung des Bundesgerichts	99
IV. Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Begründung	100
D BGE 108 II 314 ff	100
I. Sachverhalt	100
II. Urteil	100
III. Begründung des Bundesgerichts	101
1. Veröffentlichte Erwägungen	101
2. Unveröffentlichte Erwägungen	101
IV. Bemerkungen zu bundesgerichtlichen Begründung	101
E BGE 109 II 116 ff	102
I. Sachverhalt	102
II. Urteil	102
III. Begründung des Bundesgerichts	102
1. Veröffentlichte Erwägungen	102
2. Unveröffentlichte Erwägungen	103
IV. Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Begründung	103
F BGE 111 II 263 ff	104
I. Sachverhalt	104
II. Urteil	104
III. Begründung des Bundesgerichts	104
IV. Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Begründung	105
G BGE 112 II 450 ff	106
I. Sachverhalt	106
II. Urteil	106
III. Begründung des Bundesgerichts	106
IV. Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Begründung	108
§ 13 Ausländische Praxis	109
A WM 1986, 123	109
I. Sachverhalt	109
II. Urteil	109
III. Begründung des BGH	110

B WM 1985, 1032	110
I. Sachverhalt	110
II. Urteil	111
III. Begründung des OLG Hamm	111
IV. Bemerkungen	112
C Tai Hing Cotton Mill Ltd vs. Liu Chong Hing Bank Ltd (1985) 2 All E.R. 947	112
I. Sachverhalt	112
II. Urteil	113
III. Begründung	113
IV. Bemerkungen	114

2. KAPITEL Untersuchung der Fälschungsproblematik bei 'Bank- verträgen'

115

§ 14 Die Kernprobleme in der Darstellung der Rechtsprechung zur Unterschriftenfälschung	115
A Fallgruppenbildung	115
I. Häufigste Fallgruppen	115
II. Gemeinsamkeiten der Fallgruppen	116
B Komplizierung der Fälschungsproblematik infolge bankrechtlicher Eigenheiten	117
I. 'Gefälschte Einzeldisposition' und zugrundeliegender Girovertrag	117
II. Bankverträge als von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelte Materie	118
1. Verstoss einer einzelnen AGB-Bestimmung gegen zwingendes Vertragsrecht	118
2. Allgemeine AGB - Diskussion	119

§ 15 Bankvertragsrechtliche Erfassung der Fälle von Unterschrif- tenfälschungen	120
A Das Bankkonto als Grundlage der Geschäftsbeziehungen zwischen Bank und Kunde	120
I. Vorbemerkungen	120

II. Definition des Girovertrages	121
III. Rechtliche Qualifikation des Girovertrages	122
IV. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien aus dem Girovertrag	124
1. Gegenstand des Auftrages	124
2. Pflichten des Beauftragten aus dem Girovertrag	125
a) Umschreibung der Pflichten im allgemeinen	125
aa) In tatsächlicher Hinsicht	125
bb) In auftragsrechtlicher Hinsicht	125
b) Zur Sorgfaltspflicht im besonderen	126
aa) Allgemeines	126
bb) Herrschende Lehre	127
cc) Ansicht Gautschis	128
dd) Neuere Ansichten, insbes. hinsichtlich der vertraglichen Beziehungen zwischen Bank und Kontoinhaber	129
3. Pflichten des Auftraggebers aus dem Girovertrag	130
a) Entgelt	130
b) Verwendungsersatz für richtige Erfüllung des Auftrages (OR 402 I)	130
c) Schadloshaltung des Beauftragten (OR 402 II)	131
4. Zwischenergebnis	131
B Die einzelne Disposition über das Bankkonto	132
I. Terminologisches	132
II. Der sogenannte Ueberweisungsauftrag	132
1. Definition des Ueberweisungsauftrages	132
2. Rechtliche Qualifikation des Ueberweisungsauftrages	133
a) Herrschende Lehre und Rechtsprechung	133
b) Abweichende Meinung	134
c) Konsequenzen der juristischen Doppelnatur des Ueberwei- sungsauftrages	134
C Die Fälschung einer Einzeldisposition innerhalb des Girovertrages	135
I. Vorbemerkungen	136
1. Dreiparteien-Verhältnis	136
2. Rückabwicklung im Deckungsverhältnis	137
II. Ebene des einzelnen Ueberweisungsauftrages	137

III. Nichterfüllung des Girovertrages infolge Ausführung der gefälschten	
Weisung	138
1. Erfüllung an die falsche Person als Tatbestand der Nichterfüllung	
im allg. Vertragsrecht	138
a) Voraussetzungen der richtigen Erfüllung	138
b) Rechtsfolgen der Nichterfüllung	139
2. Uebertragung der Nichterfüllungsregeln auf den Girovertrag?	140
a) Kein Anspruch aus Verwendungsersatz (OR 402 I)	140
aa) Herrschende Lehre	141
bb) Ansicht Gautschis	141
b) Anspruch auf Schadloshaltung (OR 402 II)?	142
aa) Ersatz nur bei Verschulden des Auftraggebers	142
bb) Ersatz nur bei Schuldlosigkeit des Beauftragten hinsichtlich des 'Schadens'	142
cc) Konsequenzen für die Schadenstragung infolge gefälschter Ueberweisungsaufträge	143
c) Das Verhältnis von OR 402 zur auftragsrechtlichen Haftung wegen Sorgfaltspflichtverletzung	144
3. Zusammenfassung	144
IV. Erfüllungsregeln als grundsätzlich dispositives Recht	145
1. Grundsatz	145
2. Vertragliche Regelung der Gläubigerlegitimation	146
a) Schweigen des Gesetzes	146
b) Unterschrift als Legitimationsmittel	147
3. Gegenstand und Zweck einer vertraglichen Legitimationsregelung	147
a) Konsequenzen der Unterschriftenfälschung im allgemeinen	148
b) Grundsatz der Risikotragung durch den Schuldner	148
c) Möglichkeiten einer vertraglichen Gestaltung der Tragung des Fälschungsrisikos	148
aa) Pauschalierte Betrachtungsweise	148
bb) Differenzierende Betrachtungsweise	149

§ 16 Unterschriftenfälschung und Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken	149
A Generelle Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	149
I. Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	149
II. AGB-relevante Auslegung des Vertrages	151
1. Wettbewerbsrechtlicher Ansatz	151
2. Vertrauensrechtlicher Ansatz	151
3. Inhaltskontrolle	152
B Kerninhalt der massgeblichen AGB-Bestimmung	152
I. Gegenstand der AGB-Bestimmung	152
II. Risikotragung statt Haftungswegbedingung	153
1. Massgeblicher Sorgfaltsstandard	154
2. Risikoabwälzung	154
3. Konsequenzen der Verknüpfung von Sorgfaltsstandard und Risikotragung	154
a) Reine Risikotragung	154
aa) Grundsatz	154
bb) Risikoverteilung nach beherrschbaren Risikobereichen	155
b) Verschiebung der Risikobereiche durch die Haftungswegbedingungsklausel	155
aa) Notwendige Bestimmung des Risikobereiches	155
bb) Vorverlagerung des Risikobereiches	156
III. Diskussion um die Anwendbarkeit von OR 100 II	157
1. Vertragsrechtliche Optik	157
a) Allgemeines	157
b) Bei analoger Anwendung der Haftungswegbedingungsklausel	158
2. Bank als "obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe" ?	158
a) Keine Konzession im verwaltungsrechtlichen Sinne	158
b) Erweiterter Konzessionsbegriff im Obligationenrecht	160
C Wertung des Ergebnisses und Schlussbemerkungen	160

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	: anderer Ansicht
a.a.O.	: am angegebenen Ort
Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für Civilistische Praxis
AfK	: Archiv für Kriminologie
AG	: Aktiengesellschaft
AGB	: Allgemeine Geschäftsbedingungen
ABGB	: (Deutsches Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedin- gungen vom 9.12.1976)
allg.	: allgemein(e)
All E.R.	: The All England Law Reports
a.M.	: anderer Meinung
Anm.	: Anmerkung
aOR	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14.6.1881
ASR	: Abhandlungen zum schweizerischen Recht
Aufl.	: Auflage
BaG	: Bundesgesetz über die Banken und Spar- kassen vom 1.3.1935
BBl.	: Bundesblatt
Bd.	: Band
bes.	: besondere(r)
BGB	: (deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bun- desgerichtes, amtliche Sammlung
BGH	: (deutscher) Bundesgerichtshof
bürgerl.	: bürgerlich(es)
bzw.	: beziehungsweise
ders.	: derselbe
d.h.	: das heisst

Diss.	: Dissertation
Einf.	: Einführung
Erw.	: Erwägung
etc.	: et cetera
evtl.	: eventuell
f	: folgende Seite
ff	: folgende Seiten
FN	: Fussnote
FS	: Festschrift
gl.M.	: gleicher Meinung
h.L.	: herrschende Lehre
HRV	: Verordnung über das Handelsregister vom 7.6.1937
i.d.R.	: in der Regel
i.e.S.	: im engeren Sinne
inkl.	: inklusive
insbes.	: insbesondere
i.S.v.	: im Sinne von
i.V.m.	: in Verbindung mit
i.w.S.	: im weiteren Sinne
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Deutsche Juristenzeitung
lit.	: litera
m.E.	: meines Erachtens
MHfS	: Mannheimer Hefte für Schriftvergleichung
mind.	: mindestens
N	: Note(n)
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.(n).	: Nummer(n)
NZZ	: Neue Zürcher Zeitung
OLG	: (deutsches) Oberlandesgericht

OR	: Schweizerisches Obligationenrecht vom 30.3.1911
resp.	: respektive
RG	: Reichsgericht
RN	: Randnote
SAG	: Schweizerische Aktiengesellschaft
SchKG	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889
Schweiz.	: Schweizerisch(es)
s.E.	: seines Erachtens
Sem. jud.	: La semaine judiciaire
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
sog.	: sogenannt(e)
StGB	: Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937
StPO	: Strafprozessordnung für den Kanton Zürich vom 4.5.1919. Bei Strafprozessordnungen anderer Kantone werden die offiziellen Abkürzungen in Grossbuchstaben beigefügt.
u.a.	: unter anderem
u.A.	: und Andere
usw.	: und so weiter
u.U.	: unter Umständen
UWG	: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986 (noch nicht in Kraft)
v.a.	: vor allen(m)
vgl.	: vergleiche
Vorbem.	: Vorbemerkungen
vs.	: versus

WM	: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht IV, Wertpapier-Mitteilungen
WuR	: Wirtschaft und Recht
Z	: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
z.B.	: zum Beispiel
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfM	: Zeitschrift für Menschenkunde
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZPO	: Gesetz über den Zivilprozess (Zivilpro- zessordnung) für den Kanton Zürich vom 13.6.1976. Bei Zivilprozessordnungen anderer Kantone werden die offiziellen Abkürzungen in Grossbuchstaben beige- fügt.
ZR	: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	: zum Teil

LITERATURVERZEICHNIS

- ALBISETTI Emilio/ BOEMLE Max/ EHRSAM Paul/ GSELL Max/ NYFFELER Paul/ RUTSCHI Ernst,
Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4. Aufl., Thun 1987
- ALBISETTI Emilio/GSELL Max,
Bankgeschäfte, 3. Aufl., Zürich 1979
- BAER Rolf,
Bundesgerichtliche Rechtsprechung 1982, ZBJV 120 (1984) 529 ff
- ders.,
Entwicklungen der wertpapierrechtlichen Dogmatik, in: Das Obligationenrecht 1883-1983, 177 ff, Bern/Stuttgart 1984
- BAIER Peter E.,
Schreibdruckmessungen in Schriftpsychologie und Schriftvergleichung - Entwicklung und experimentelle Ueberprüfung neuer Registrierverfahren, Düsseldorf 1980
- ders.,
Elektrostatische Oberflächenprüfung, MHfS 6 (1980) 155-168
- ders.,
MASYS, ein neues Verfahren für Schriftuntersuchungen, MHfS 8 (1982) 97-106
- BAIER Peter E./ TEDER Wolfgang,
VERISIGN II, Ein Gerät zur Personenidentifizierung mittels der Unterschrift, MHfS 8 (1982) 161-166
- BAUDENBACHER Carl,
Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983
- BECKER Hermann,
Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1 Obligationenrecht, (OR 1-183), 2. Aufl., Bern 1941
- ders.,
Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/2 Obligationenrecht, (OR 184-551), Bern 1934

BECKER Minna,

Handschrift, in: Handwörterbuch der Kriminologie Bd. I, 369-373, 2. Aufl.,
Berlin 1966

BEELER G.,

Die Wertpapiere im schweizerischen Recht, Aarau 1937

BESCHUETZ Max,

Einfluss der Fälschung von Unterschriften auf Wechseln auf die Wechsel-
verbindlichkeiten; Bedeutung des nachträglichen Versprechens desjenigen,
dessen Namen fälschlich geschrieben wurde, die Fälschung nicht geltend
machen zu wollen, Erlanger Diss., Hamburg 1902

BISCHOFF Marc A.,

La police scientifique, Paris 1938

BODMER Daniel/ BUOMBERGER Peter/ DUBS Rolf/ MAST Hans J./

PUENTENER August/ SCHUSTER Jacques B./ SCHUSTER Leo/
THOMANN Martin,

Allgemeine bank- und volkswirtschaftliche Kenntnisse, 2. Aufl., Zürich 1980

BODMER Daniel/ KLEINER Beat/ LUTZ Benno,

Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8.
November 1934 sowie der Verordnung vom 17. Mai 1972 und der Vollzugs-
verordnung vom 30. August 1961, Zürich 1976

VON BRANDT Ahasver,

Werkzeug des Historikers, 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1983

BRANDT Volkmar,

Befunderhebung von Schriftmerkmalen - ein Exkurs, ZfM 45 (1981)
138-164

ders.,

Meine Meinung zu Ockelmanns Veröffentlichung 'Schriftuntersuchungen an
Hand von Reproduktionen', MHfS 9 (1983) 124-137

BREITSCHMID Peter,

Formvorschriften im Testamentsrecht, Zürcher Diss., Zürich 1982

BUCHER Eugen,

Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Abspra-
chen, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Henri Deschenaux, 249 ff, Fri-
bourg 1977

ders.,

Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht,
Zürich 1979

ders.,

Skriptum zum Obligationenrecht besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 1983

ders.,

Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch ver-
anlasster Bankvergütungen, recht 1984, 97 ff

BUENTING Karl-Dieter,

Einführung in die Linguistik, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1975

VON BUEREN Bruno,

Die Beschränkung der Einreden des Wechselschuldners, Zürich 1965

ders.,

Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (OR 184-551), Zürich
1972

VON BUEREN René,

La responsabilité du banquier pour le paiement des chèques faux ou falsi-
fiés, Lausanner Diss., Lausanne 1939

CANARIS Claus-Wilhelm,

Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971

ders.,

Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, Festschrift zum 70.
Geburtstag von Karl Larenz, 799 ff, München 1973

ders.,

Der Bereicherungsausgleich im bargeldlosen Zahlungsverkehr, WM 1980,
354 ff

ders.,

Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Berlin/New York 1981

CONRAD Wolfgang,

Authentische Unterschriften und Unterschriftsfälschungen, Möglichkeiten
ihrer Unterscheidung in Theorie und Praxis, Phil. Diss., Mannheim 1970

VON DER CRONE-SCHMOCKER Brigitte,

Das Checkinkasso und die Checktruncation, Zürcher Diss., Zürich 1986

DERNBURG Heinrich,

Allgemeine Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und
Preussens, Halle a/S 1902

DESSEMONTET François,

Les contrats de service, ZSR 106 (1987) II 95 ff

DILCHER Hermann,

Kommentar zu §§ 90-240 BGB, in: STAUDINGER J.v./DILCHER Hermann,
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., Berlin 1979

ECO Umberto,

Zeichen. Einführung in einen Begriff und seine Geschichte, Frankfurt a.M.
1977

EGGER August,

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, (ZGB
1-89), 2. Aufl., Zürich 1930

EMCH Urs/ RENZ Hugo,

Das schweizerische Bankgeschäft, 3. Aufl., Thun 1984

ENGELKE Heinz,

Schriftvergleichung nur an originalen Unterlagen?, ZfM 47 (1983) 86-90

FELLMANN Walter,

Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 106 (1987) I 340 ff

FISCH Kurt,

Legitimationsprüfung im Bankverkehr, Berner Diss., Bern 1937

FLEINER-GERSTER Thomas,

Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2.
Aufl., Zürich 1980

FLUME Werner,

Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechts-
leben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentag-
es (1860-1960), 135 ff, Karlsruhe 1960

ders.,

Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161 (1962)
52 ff

ders.,

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979

FORSTMOSER Peter,

Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihr Bedeutung im Bankverkehr, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bankwirtschaftliche Forschungen Bd. 36, 11 ff, Bern/Stuttgart 1976

ders.,

Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und deutschen Recht, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980

ders.,

Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz - Eine Standortbestimmung, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 5, 23 ff, Zürich 1982

GAUCH Peter,

Vertrag und Parteiwille, in: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, 343 ff, Fribourg 1982

ders.,

Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985

GAUCH Peter/ SCHLUEP Walter/ JAEGLI Peter,

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht Bd. I und II, 3. Aufl., Zürich 1983

GAUTSCHI Georg,

Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/2 Obligationenrecht, (OR 425-491), 2. Aufl., Bern 1962

ders.,

Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungspflicht bei Arbeitsobligationen, in: Revolution der Technik Evolution des Rechts, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, 7 ff, Zürich 1968

ders.,

Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/2 Obligationenrecht, (OR 394-406), 3. Aufl., Bern 1971

GIGER Hans,

Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, in: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, 369 ff, Fribourg 1982

ders.,

Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 5, 59 ff, Zürich 1982

ders.,

Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 12, Zürich 1983

GRISEL André,

Traité de droit administratif, volume I, Neuchâtel 1984

GUGGENHEIM Daniel,

Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Aufl., Zürich 1986

GUHL Theo/ MERZ Hans/ KUMMER Max,

Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980

GULDENER Max,

Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979

HABERSTICH J.,

Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. II, Zürich 1885

HABICHT Ruth Erika,

Der Checkvertrag und das Checkrecht, Zürcher Diss., Winterthur 1956

HAEFLIGER Arthur,

Der Begriff der Urkunde im schweizerischen Strafrecht (Art. 110 StGB), Schweizerische Criminalistische Studien, Bd. VI, Basel 1952

HAEUSER Franz,

Giroverhältnis, in: Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts Bd. II, 1317 ff, Köln 1981

HALDER-SINN Petra,

Die Güte der Schriftnachahmung in Abhängigkeit von Merkmalen der Handschrift des Nachahmers und der Originalvorlage, MHIS 12 (1986) 49-62

HASSOLD Gerhard,

Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, München 1981

HECKER Manfred R.,

Wie zuverlässig ist die Schriftexpertise wirklich? 'Kennenerschaft' in der forensischen Schriftuntersuchung, MHfS 12 (1986) 145-155

HEFERMEHL Wolfgang,

Rechtsfragen des Ueberweisungsverkehrs, Festschrift zum 75. Geburtstag von Philipp Möhring, 381 ff, München 1975

HEINI Anton,

Entscheidungrezension zu BGE 108 II 314 ff, SAG 1984, 34 ff

HELBIG Claus,

Die Giroüberweisung deren Widerruf und Anfechtung nach deutschem und schweizerischem Recht, Genfer Diss., München 1970

HENRICI Ernst,

Ueber den Irrtum bei Vertragsabschluss im schweizerischen Obligationenrecht, Zürcher Diss., Aarau 1916

HEROLD Hermann,

Zur Frage der Haftung bei gefälschten Schecks, SJZ 22 (1925/26) 259 ff

HESS Leo,

Gefälschte Wechselunterschriften, Frankfurter Diss., Frankfurt a.M. 1932

VAN HOBOKEN-DE ERNEY Monica,

Familienname und Persönlichkeit, Zürcher Diss., Zürich 1984

HOELDER Eduard,

Pandekten Allgemeine Lehren, Freiburg i.Br. 1891

HOFSTETTER Josef,

Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, 5-218, Basel 1979

HOLZHAUER Heinz,

Die eigenhändige Unterschrift, Frankfurt a.M. 1973

HUBER Hans,

Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, ZBJV 103 (1967) 249 ff

HUEBNER Heinz,

Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Carl Nipperdey Bd. 1, München 1965

HUERLIMANN Hans,

Der Urkundenbeweis im Zivilprozessrecht, Freiburger Diss., Fribourg 1944

HUERLIMANN Peter,

Die Haftung für den aus der Einlösung falscher und verfälschter Checks entstandenen Schaden, Zürcher Diss., Zürich 1927

JACOBI Ernst,

Die Wertpapiere, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4, 1. Abt., 125-539, Leipzig 1917

ders.,

Wechsel- und Scheckrecht, Berlin 1955

JAEGGI Peter,

Vertrauensprinzip und Gesetz, in: Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, 145 ff, Basel 1955

ders.,

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, (OR 965-989/1145-1155), Zürich 1959

JAEGGI Peter/ DRUEY Jean/ VON GREYERZ Christoph,

Wertpapierrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check, Basel 1985

KAEFER Karl,

Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VIII/2 Obligationenrecht, Die kaufmännische Buchführung, 3. Lieferung, (OR 961-964), Bern 1981

KELLER Max/ SCHOEBI Christian,

Das Schweizerische Schuldrecht Bd.I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel/Frankfurt a.M. 1982

KELLER Max/ LOERTSCHER Thomas,

Kaufrecht, 2. Aufl., Zürich 1986

KIENAPFEL Diethelm,

Urkunden im Strafrecht, Juristische Abhandlungen Bd. VI, Frankfurt a.M. 1967

ders.,

Grundprobleme des Urkundenstrafrechts in rechtsvergleichender Sicht, Z 98 (1981) 25 ff

KLAGES Ludwig,

Handschrift und Charakter, 26. Aufl., Bonn 1968

KLEINER Beat,

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Giro - und Kontokorrentvertrag, 2. Aufl., Zürich 1964

ders.,

Automation und Mikrofilm im Bankgeschäft aus der Sicht des Juristen, SJZ 69 (1973) 146 ff

ders.,

Internationales Devisen-Schuldrecht, Zürich 1985

ders.,

Gefälschte Unterschriften im Kontoverkehr: Wer 'haftet'?, Schweizerischer Treuhänder 60 (1986) 312 ff

KLIPPEL Diethelm,

Der zivilrechtliche Schutz des Namens, Paderborn/München/Wien/Zürich 1985

KNAPP Blaise,

Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1983

KOLLER Ingo,

Fälschung und Verfälschung von Wertpapieren, WM 1981, 210 ff

KRAMER Ernst,

Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 81 (1985) 17 ff

ders.,

Kommentar zu Allgemeine Einleitung und OR 1 und 2, in KRAMER Ernst/SCHMIDLIN Bruno, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, VI/1 Obligationenrecht, (OR 1-18), Bern 1986

KUMMER Max,

Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984

LAMP'L Hans,

Zur Bewertung der Deckungsgleichheit, insbes. von Unterschriften, ZfM 42 (1978) 275-283

LAMPRECHT Christian,

Die Haftung des Namensträgers bei Wechselfälschungen, Zürcher Diss.,
Zürich 1978

LANDVOGT Andreas,

Fälschung und Verfälschung von Wechseln und Schecks im anglo - amerikanischen, französischen und deutschen Recht, Bankrechtliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität zu Köln Bd. 14, Köln 1970

LARENZ Karl,

Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Aufl., München 1983

LEGIEN Marek,

Unterschriftsfälschungen aufgrund verschiedener Informationen über die Person des Namenseigners, ZfM 47 (1983) 216-222

LEHMANN Gerd D.,

Zahlungsverkehr der Banken, Zürich 1986

LEHMANN Heinrich,

Die Unterschrift im Tatbestande der schriftlichen Willenserklärung, Bonner Diss., Bonn 1904

LEUENBERGER Christoph,

Dienstleistungsverträge, ZSR 106 (1987) II 1 ff

LEWANDOWSKI Theodor,

Linguistisches Wörterbuch Bd. 1 und 2, 3. Aufl., Heidelberg 1979

LOCARD Edmond,

Traité de Criminalistique, tome V, Lyon 1935

LOHL Hans,

Kohlepapier-Durchschrift - eine Pausfälschung?, ZfM 43 (1979) 51-54

MARBURGER Peter,

Absichtliche Falschübermittlung und Zurechnung von Willenserklärungen, AcP 173 (1973) 137 ff

MEIER-HAYOZ Arthur,

Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Zürcher Diss., Zürich 1948

MEIER-HAYOZ Arthur/ VON DER CRONE Hans Caspar,

Wertpapierrecht, Bern 1985

MERZ Hans,

Die Widerrechtlichkeit gemäss OR 41 als Rechtsquellenproblem, ZBJV 91bis (1955) 301 ff

MEYER Georg/ SCHNEICKERT Hans,

Graphologie, 4. Aufl., Jena 1943

MICHEL Lothar,

Gerichtliche Schriftvergleichung, Berlin 1982

ders.,

Verstellung der eigenen Unterschrift, AfK 154 (1974) 43-53; 65-76

ders.,

Schriftvergleichung, in: Handwörterbuch der Kriminologie Bd. III, 93-105, 2. Aufl., Berlin 1975

ders.,

Die Problemstellungen bei Unterschriftenprüfungen, ZfM 39 (1975) 2-13

ders.,

Schriftverstellung bei Unterschriftsleistungen, ZfM 39 (1975) 52-75

ders.,

Buchbesprechungen von Norlén und Wallner (1973 und 1974), MHfS 2 (1976) 43-48

ders.,

Zu einigen Grundsatzfragen der Schriftvergleichung, MHfS 7 (1981) 169-179

ders.,

Schreibhilfe durch Dritte bei der Niederschrift von Namenszügen und Testamenten, AfK 170 (1982) 173-183

ders.,

Kopie or not Kopie, MHfS 9 (1983) 121-123

ders.,

Anforderungen an die eigenhändige Unterschrift, MHfS 10 (1984) 206-216

ders.,

Comeback des Füllfederhalters, MHfS 12 (1986) 137

MOESCHEL Wernhard,

Fehlerhafte Banküberweisung und Bereicherungsausgleich, JuS 1972, 297 ff

MUELLER Christoph,

Die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer nach schweizerischem Recht organisierten Bank, Zürcher Diss., Bern 1978

MUELLER-ERZBACH Rudolf,

Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910) 309 ff

MUGDAN Benno,

Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. 1, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen 1979

NEUENSCHWANDER Markus,

Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Berner Diss., ASR 405, Bern 1971

NISSEN K. D.,

Die Sicherheitsgrade der Schlussfolgerungen bei Handschriftenvergleichen, MHfS 5 (1979) 1-20

ders.,

Wahrscheinlichkeitsaussagen in der Schriftexpertise, MHfS 6 (1980) 55-81

NOBEL Peter,

Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Ergänzungsband, Bern 1984

ders.,

Die Sorgfaltspflicht des Bankiers, in: 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, 205 ff, Zürich 1985

OCKELMANN Hans,

Schriftuntersuchungen an Hand von Reproduktionen, MHfS 9 (1983) 65-83

ders.,

Handschrift als Untersuchungsgegenstand der gerichtlichen Schriftexpertise, ZfM 49 (1985) 122-137; 145-162

OFTINGER Karl,

Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58 (1939) 178 ff

ders.,

Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: *Aequitas und bona fides*, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, 263 ff, Basel 1955

ders.,

Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1, 2. Aufl., Zürich 1960

ders.,

Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 4. Aufl., Zürich 1975

ders.,

Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Zürich (unveränderter Nachdruck) 1978

OSER Hugo/ SCHOENENBERGER Wilhelm,

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V Obligationenrecht, 1. Halbband, (OR 1-183), 2. Aufl., Zürich 1929

ders.,

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V Obligationenrecht, 2. Halbband, (OR 184-418), 2. Aufl., Zürich 1936

ders.,

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V Obligationenrecht, 3. Halbband, (OR 419-529), 2. Aufl., Zürich 1945

OTT Walter,

Das Vertrauensprinzip und die Lehre vom Einredenausschluss im Wechselrecht, *SJZ* 75 (1979) 153 ff

PERRIN Jean-François,

La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse, *Sem. jud.* 95 (1973) 209 ff

PFANNE Heinrich,

Die Schriftexpertise und ihre Bedeutung für die Rechtsprechung, *Rudolstadt* 1954

ders.,

Bestellscheinfälschungen aus der Sicht des Handschriftenexperten, *AfK* 141 (1968) 14-27

ders.,

Handschriftenvergleichung für Juristen und Kriminalisten, Kriminalistische Abhandlungen Bd. 4, Lübeck 1971

ders.,

Anmerkungen zu einem Urteil des OLG Celle vom 4.12.1973, in: NJW 74, 1439 f

PFISTER Roman,

Praktische Hinweise für die Anwendung der Stereomikroskopie am Rasterelektronenmikroskop bei Urkundenuntersuchungen, AfK 175 (1985) 95-103

POHL Klaus Dieter,

Handbuch der naturwissenschaftlichen Kriminalistik, Kriminalistik - Wissenschaft und Praxis Bd. 11, Heidelberg 1981

PULVER Max,

Trieb und Verbrechen in der Handschrift, Zürich 1934

REGELSBERGER Ferdinand,

Pandekten I, Leipzig 1893

REHBERG Jörg/ HAUSER Robert,

Strafrecht I, Vorlesungsskriptum, 3. Aufl., Zürich 1983

REHBINDER Manfred,

Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/2/2/1 Obligationenrecht, (OR 319-330a), Bern 1985

RINIKER Peter,

Die Bankenaufsicht, Berner Diss., Zürich 1974

RUSCA Gian Franco,

Ueber das Wesen und die rechtliche Tragweite der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Banken, WuR 1957, 210 ff

SACHS Walther,

Falsche und verfälschte Wechsel, Leipziger Diss., Leipzig, 1908

VON SAVIGNY Carl Friedrich,

System des heutigen Römischen Rechts III, Berlin 1840

VON SCHENCK Dedo,

Der Begriff der 'Sphäre' in der Rechtswissenschaft, Schriften zur Rechtstheorie Bd. 69, Berlin 1977

SCHERER Urs,

Strafbare Formen falscher schriftlicher Erklärungen, Berner Diss., Zürich
1977

SCHIMA Konrad,

Schreibhilfe bei der Errichtung von Testamenten, ZfM 45 (1981) 57-72

SCHINNERER Erich/ AVANCINI Peter,

Bankverträge I. Teil, 3. Aufl., Wien 1975

SCHLECHTRIEM Peter,

Kommentar zu §§ 611-651 BGB, in: JAUERNING Othmar/
SCHLECHTRIEM Peter/ STUERNER Rolf/ TEICHMANN Arndt/
VOLLKOMMER Max,
BGB-Kurzkomentar, 3. Aufl., München 1984

SCHLUEP Walter R.,

Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, 763-969, Basel
1979

SCHMID Leo,

Unterschriftenwesen im schweizerischen Privatrecht, Zürcher Diss., Zug
1930

SCHMIDLIN Bruno,

Kommentar zu OR 3-10; OR 11-17, in: KRAMER Ernst/ SCHMIDLIN Bruno,
Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1 Obliga-
tionenrecht, (OR 1-18), Bern 1986

SCHOENENBERGER Wilhelm/ JAEGGI Peter,

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V Obliga-
tionenrecht, Teilband 1a, (OR 1-17), Zürich 1973

SCHOENLE Herbert,

Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., München 1976

SCHULTHESS Willy,

Rechtsnatur von Girovertrag und Girozahlung, Zürcher Diss., Zürich 1911

SCHUMANN Hans,

Die Fälschung nach dem neuen Wechsel- und Scheckrecht, Berlin 1935

SICK Wilhelm,

Die Fälschung von Unterschriften auf Wechseln, Erlanger Diss., Leipzig,
1906

SIMONIUS August,

Wandlungen der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, in: Festschrift für Fritz Goetzinger, 240 ff, Basel 1935

ders.,

Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag, 233 ff, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Bd. 15, Basel 1942

STICHER Walter,

Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, St. Galler Diss., Luzern 1981

STOCKAR Conrad H.,

Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basler Diss., Basler Studien zur Rechtswissenschaft 98, Basel/Stuttgart 1971

STRAEULI Hans/ MESSMER Georg,

Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982

STRATENWERTH Günter,

Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 3. Aufl., Bern 1984

SUCHENWIRTH Richard,

Neurologie und Pathologie des Schreibens, ZfM 45 (1981) 114-137

THALMANN Christian,

Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Bankverkehr, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 5, 125 ff, Zürich 1982

VON TUHR Andreas,

Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 15 (1896) 278 ff

ders.,

Der Wille im Zivilrecht, ZSR 41 (1922) 259 ff

VON TUHR Andreas/ ESCHER Arnold,

Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. II, 3. Aufl., Zürich, 1974

VON TUHR Andreas/ PETER Hans,

Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. I, 3. Aufl.,
Zürich 1979

ULMER Eugen,

Das Recht der Wertpapiere, Berlin 1938

VIELI Lélío,

Die Rechtsfolgen des Checkverlusts nach schweizerischem und nach fran-
zösischem Recht, Zürcher Diss., Aarau 1954

WALDER Hans,

Falsche schriftliche Erklärungen im Strafrecht, insbesondere die soge-
nannte Falschbeurkundung nach StGB 251, Z 99 (1982) 70 ff

WALDER-BOHNER Hans Ulrich,

Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1983

WALLNER Teut,

Die relative Konstanz der Handschrift, ZfM 39 (1975) 139-147

WANNER Otto,

Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
der Schweizerischen Grossbanken, Zürcher Diss., Baden 1938

WEBER Rolf H.,

Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1 Obligationenrecht, 4.
Teilband, (OR 68-96), Bern 1982

ders.,

Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken - zum Problem einer Grenz-
ziehung, SAG 1984, 150 ff

ders.,

Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81
(1985) 85 ff

WEDER Walter,

Die Stellung der Schriftexpertise und des Schriftexperten im Strafprozess,
Zürcher Diss., Brugg 1944

WIDMER Pierre,

Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZBJV 110 (1974) 289 ff

ders.,

Produktheftung, recht 1986, 50 ff

WINDSCHEID Bernhard,

Wille und Willenserklärung, AcP 63 (1880) 72 ff

WINDSCHEID Bernhard /KIPP Theodor,

Lehrbuch des Pandektenrechts I, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906

1. TEIL GRUNDLAGEN: WESEN UND BEDEUTUNG DER UNTERSCHRIFT AUS JURISTISCHER UND SCHRIFTVERGLEICHENDER SICHT

1. KAPITEL DIE UNTERSCHRIFT IM RECHTSVERKEHR

§ 1 DIE UNTERSCHRIFT ALS BESTANDTEIL DER URKUNDE

A SCHRIFTFORM

Wenn von Unterschrift, bzw. vom Vorgang des Unterschreibens die Rede ist, wird begriffsnotwendig die Verwendung der Schriftform vorausgesetzt, wobei die geltendrechtlichen Unterscheidungen in gesetzliche und gewillkürte, resp. einfache oder qualifizierte Schriftform für die nun folgenden allgemeinen Ueberlegungen nicht erheblich sind.

Dadurch ergibt sich, dass die Problematik um die Unterschrift aufs engste mit den Formvorschriften und dem Recht der privaten (Schuld)-Urkunde verknüpft ist.

B HISTORISCHER ÜBERBLICK

I. DEFINITION DER URKUNDE IM ALLGEMEINEN

Folgende von den historischen Hilfswissenschaften entwickelte allgemeine Urkundendefinition möchte ich als 'Oberbegriff' der Urkunde verstanden wissen und einleitend voranstellen:

"Die Urkunde ist ein unter Beobachtung bestimmter Formen ausgefertigtes und beglaubigtes Schriftstück über Vorgänge von rechtserheblicher Natur." ¹

Diese Definition behält in dieser grundlegenden Form ihre Gültigkeit für das geltende Recht, auch wenn im einzelnen, besonders bezüglich der strafrechtlichen Definitionsversuche, grosse Unsicherheiten und Streitfragen bleiben. Diese sind für die vorliegende Arbeit von untergeordneter Bedeutung und werden deshalb

¹ VON BRANDT, Werkzeug des Historikers, 82

nur insoweit erwähnt, als es für das Verständnis nötig ist ².

II. DIE ELEMENTE DIESER DEFINITION

1. Äusserung eines menschlichen Gedankens

Urkunden sind Gegenstände, die nicht nur durch ihre Körperlichkeit Bedeutung erlangen, sondern durch den auf ihnen fixierten menschlichen Gedanken. Erst in neuester Zeit ist diese Voraussetzung, die lange Zeit als selbstverständlich ³ angesehen wurde, v.a. für die strafrechtliche Diskussion von erneuter Wichtigkeit und Brisanz. Es stellt sich dort die weiterhin umstrittene Frage, ob Belege, die automatisch von Maschinen ausgegeben werden, noch Urkunden sind oder nicht, dies, da, obwohl die Maschinen von Menschen programmiert wurden, die Belegsauswerfung automatisch erfolgt ⁴.

2. Schriftlichkeit

Die Schrift, die dazu dient, einen bestimmten menschlichen Gedanken mittels Zeichen auf einem Schriftträger, eben der Urkunde, festzuhalten und visuell zu übermitteln ⁵, setzt die Bekanntheit eines Verfahrens voraus, das es ermöglicht, das gesprochene Wort so zu codieren, dass es von einem späteren Betrachter anhand seines sozial erworbenen Wissens rezeptiv gelesen und entsprechend decodiert, verstanden werden kann ⁶. Dies setzt begriffsnotwendig eine Schriftkultur voraus. Mit anderen Worten, Urkunden treten - rechtshistorisch betrachtet - immer erst dann auf, wenn eine Kulturstufe erreicht ist, in der eine

² Zur strafrechtlichen Urkundendiskussion ausführlich: KIENAPFEL, Urkunden im Strafrecht, 1 ff

³ Sinngemäss VON BRANDT, Werkzeug des Historikers, 83

⁴ Vgl. dazu WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 78, mit weiterführender Literatur

STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 157

Vgl. zur ganzen Problematik auch BGE 112 II 326 ff, "Telex"-Fall

⁵ LEWANDOWSKI, Linguistisches Wörterbuch 2, 733

Vgl. die prägnante Darstellung des Kommunikationsprozesses bei ECO, Zeichen, 25: "Quelle - Sender - Kanal - Botschaft - Empfänger", vertiefend, 167 f

⁶ LEWANDOWSKI, Linguistisches Wörterbuch 2, 730

ECO, Zeichen, 188 f

BUENTING, Einführung in die Linguistik, 32 ff

genügende Anzahl von Leuten vorhanden sind, die das Regelwerk zur Umsetzung gesprochener Sprache in geschriebene Sprache beherrschen ⁷.

Da die Schrift immer auf allgemein anerkannten Konventionen beruht ⁸, hat die schriftliche Fixierung den grossen Vorteil, dass das Dokument unabhängig vom Aussteller seinen Willen kundgibt und/oder beweist - sogar nach dessen Tod ⁹.

3. Festhalten rechtserheblicher Vorgänge

Schriftstücke sind erst dann Urkunden, wenn sie sich über rechtlich relevante Vorgänge äussern, sei es nur deskriptiv (= deklaratorische Urkunden), sei es konstitutiv, d.h. rechtsbegründend. Diese Problematik spiegelt sich heute wiederum in der strafrechtlichen Diskussion bei der Frage der Anerkennung der sog. Zufallsurkunde, insbes. im Zusammenhang mit der Falschbeurkundung. Für den zivilrechtlichen Urkundenbegriff sind diese Unterscheidungen von untergeordneter Bedeutung. Da genügt es, dass es sich um eine menschliche Gedankenäusserung handelt, deren rechtliche Relevanz noch geprüft werden muss ¹⁰. Immerhin kann ein Schriftstück, dem die Urkundenqualität verneint wird, als Augenscheinsobjekt weiterhin eine beweisrechtliche Bedeutung aufweisen ¹¹.

4. Beglaubigung

a) Arten der Beglaubigung

In diesen allgemeinen Betrachtungen ist unter Beglaubigung die Identifizierung des Ausstellers zu verstehen, sei es durch die Handschrift, inklusive Unterschrift des Ausstellers, bzw. seines Schreibers, sei es durch die Siegelung

⁷ Zur historischen Entwicklung des Urkundenauftretens: VON BRANDT, *Werkzeug des Historikers*, 83 f

⁸ ECO, *Zeichen*, 170
MICHEL, *Gerichtliche Schriftvergleichung*, 30 ff, 219 ff, bezüglich der deutschen Schulvorlagen

⁹ VON BRANDT, *Werkzeug des Historikers*, 83 f

¹⁰ Zur zivilrechtlichen Urkundendefinition vgl. sogleich C II, S. 7

¹¹ WALDER, *Falsche schriftliche Erklärungen*, Z 99 (1982) 78
STRATENWERTH, *Strafrecht bes. Teil II*, 156 f
STRAEULI/MESSMER, *Kommentar zur Zürcher ZPO*, N 5 zu § 169 ZPO
WALDER-BOHNER, *Zivilprozessrecht*, 368

anstelle oder zusätzlich zur Unterschrift ¹². Die Erkennbarkeit des Ausstellers ist somit eine der Hauptfunktionen der Urkunde, wobei die Mittel, die dies bewerkstelligen sollen - Siegel oder eigenhändige Hand-, Unterschrift - zunächst offen bleiben.

b) Historischer Abriss über die verschiedenen Beglaubigungsarten

Im römischen Recht wurde nach dem Uebergang vom mündlichen Beweis zum Urkundenbeweis die Beglaubigung durch die eigenhändige Verfassung des Textes, bzw. die eigenhändige Unterschrift vorgenommen. Das Siegel kam im Mittelalter in Gebrauch, als die Schriftkultur nicht mehr den Standard der römischen Zeit hatte. Da nicht jedermann siegelfähig war, wurden Siegel 'ausgeliehen', was zur Folge hatte, dass dem Erfordernis der Eigenhändigkeit nicht mehr Genüge getan werden konnte. Die Siegelung wurde deshalb durch eigenhändige Unterschrift, bzw. eigenhändiges Handzeichen ergänzt, was zur Folge hatte, dass seit dem 18. Jh. die eigenhändige Unterschrift wieder als alleingültiges Beglaubigungszeichen anerkannt war ¹³. Aufgrund der Forschungen von Holzhauer ¹⁴ ist erwiesen, dass das Gemeine Recht verlangte, dass Unterschriften wirklich eigenhändig sein mussten, und, falls dennoch Allographie ¹⁵ vorlag, diese offengelegt werden musste.

-
- ¹² VON BRANDT, *Werkzeug des Historikers*, 87
HOLZHAUER, *Die eigenhändige Unterschrift*, 26 ff
Aufgrund der neuesten technischen Entwicklungen muss u.U. auf eine Unterschrift ganz verzichtet werden: vgl. BGE 112 II 328.
- ¹³ Vgl. zum Ganzen ausführlich HOLZHAUER, *Die eigenhändige Unterschrift*, 45 ff, insbes. 54 f, der darauf hinweist, dass das Moment der Eigenhändigkeit, bzw. die Strenge mit der es durchgesetzt wird, von Epoche zu Epoche wechselt, jedoch für Testament und Wechsel immer strikter gilt als für die übrigen Rechtsgeschäfte (77).
Ähnlich auch SCHMID, *Unterschriftenwesen*, 13 f
- ¹⁴ HOLZHAUER, *Die eigenhändige Unterschrift*, 78
- ¹⁵ Unter Allographie ist das durch die Rechtsordnung erlaubte Schreiben des eigenen Namens durch einen Fremden zu verstehen und nicht der linguistische terminus technicus einer graphischen Variante der Realisierung eines Graphems durch unterschiedliche Drucktypen.
Vgl. zu letzterem LEWANDOWSKI, *Linguistisches Wörterbuch* 1, 35

C URKUNDENDEFINITIONEN IM GELTENDEN SCHWEIZERISCHEN RECHT

I. STRAFRECHT

1. Im Gesetz

Der Gesetzgeber erliess mit StGB 110 Ziff. 5 eine Legaldefinition derjenigen Urkunde, die den strafrechtlichen Schutz genießt: Demnach sind Urkunden "... Schriften, die bestimmt oder geeignet sind, oder Zeichen, die bestimmt sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen."

Die Formulierung des Gesetzgebers, die im Parlament heftig umstritten war, blieb auch nach Inkrafttreten des Gesetzes im Schussfeld der Kritik ¹⁶.

2. Durch die Lehre

Wenn unter Berücksichtigung der vorherigen allgemeinen Ausführungen zur Urkunde die Legaldefinition des schweizerischen Strafgesetzbuches näher betrachtet wird, so sind folgende Punkte besonders ¹⁷ umstritten:

- Nach herrschender Lehre liegt das Wesentliche der Urkunde darin, dass ein menschlicher Gedankeninhalt ¹⁸ durch Schriftzeichen ¹⁹ festgehalten über die

¹⁶ Zur Diskussion vor und nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches, ausführlich: HAEFLIGER, Der Begriff der Urkunde im schweiz. Strafrecht, 1 ff

¹⁷ Nach überwiegender Ansicht ist das gesamte Urkundenstrafrecht wegen der Schwierigkeiten der Urkundendefinition die umstrittenste Materie des Strafrechts: vgl. STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 155.

KIENAPFEL, Grundprobleme des Urkundenstrafrechts in rechtsvergleichender Sicht, Z 98 (1981) 25

Vgl. dazu auch die Schwierigkeiten der deutschen Lehre und Rechtsprechung bei der rechtlichen Erfassung der Urkunden, beispielsweise in RG 17, 106: "Jede Urkunde als solche ist daher ein Produkt menschlicher Tätigkeit, die darauf ausgeht, oder, was dasselbe sagt, dazu bestimmt ist, in oder an einem Gegenstande Gedanken zum Ausdruck zu bringen, und zwar in der Art, dass der Gegenstand die Existenz und den Inhalt dieser Gedanken erkennbar werden lässt oder dafür beweisfähig wird."

Zur ganzen Problematik ausführlich: KIENTAPFEL, Urkunden im Strafrecht, 72 ff

¹⁸ STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 156

SCHERER, Strafbare Formen falscher schriftlicher Erklärungen, 45

¹⁹ SCHERER, Strafbare Formen falscher schriftlicher Erklärungen, 34 ff, der den menschlichen Gedankeninhalt logisch mit der Schrift, bzw. dem Lesen verknüpft. HAEFLIGER, Der Begriff der Urkunde im schweiz. Strafrecht, 12: "Erst dann bilden mehrere Zeichen eine Schrift, wenn sie dazu geeignet sind, irgendwelche Gedanken mitzuteilen, wenn mit ihnen ganz allgemein das geschriebene Wort an Stelle des

beteiligten Personen hinaus perpetuiert wird²⁰. Deshalb ergeben sich aus dem Zusatz "oder Zeichen" wiederum Probleme, enthalten doch Beweiszeichen keinen menschlichen Gedankeninhalt. Stratenwerth legt Wert darauf, dass der Urkundenschutz - von Sondervorschriften abgesehen - nur dann zu gewähren sei, wenn die Urkunde einen menschlichen Gedankeninhalt verkörpere: "Die Schrifturkunde verdient diesen Schutz deshalb, weil sie einen Gedanken, eine Erklärung fixiert: Nur der **Inhalt** hat den spezifischen Beweiswert, um den es bei den Urkundendelikten geht.... Und dieser Inhalt muss sich aus der Urkunde selbst ergeben."²¹ Der Zusatz "oder Zeichen" wird deshalb allgemein als überflüssig angesehen²².

- Die bedeutendste Kritik richtete sich aber gegen die Formulierung "Schriften, die bestimmt **oder** geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen."

Die Lehre forderte v.a. im Hinblick auf die Strafbarkeit der Falschbeurkundung, dass nur Schriften, die bestimmt **und** geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen, die Urkundenqualität zukomme. Seit BGE 101 IV 278 schloss sich das Bundesgericht dieser Forderung an, so dass die Legaldefinition heute lautet: "Urkunden sind Schriften, die bestimmt **und** geeignet sind, oder Zeichen, die bestimmt sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen."

- Die Beweiseignung ist i.S. der herrschenden Lehre dann gegeben, wenn nach Gesetz oder Verkehrsübung diese bejaht werden kann²³. Damit wird die engere, prozessuale Betrachtungsweise der Urkunde abgelehnt²⁴.

- Mit der herrschenden Lehre, die der Urkunde deshalb einen erhöhten strafrechtlichen Schutz gewährt, weil sie nicht nur Augenscheinsbeweismittel ist,

-
- gesprochenen gesetzt werden kann."
- 20 HAEFLIGER, Der Begriff der Urkunde im schweiz. Strafrecht, 14, 33 f
- 21 STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 157
- 22 Vgl. schon die Unterscheidung von Urkunde und Augenscheinsobjekt in RG 17, 106
WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 76, geht auf die Beweiszeichen gar nicht näher ein.
STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 163
HAEFLIGER, Der Begriff der Urkunde im schweiz. Strafrecht, 16 ff, geht zwar auf den Lehrmeinungsstreit ein, bejaht aber im Ergebnis die Lösung des Gesetzgebers.
- 23 BGE 101 IV 279
BGE 105 IV 193
- 24 WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 71
So auch HAEFLIGER, Der Begriff der Urkunde im schweiz. Strafrecht, 26 f, wobei seine Ausführungen über die prozessuale Betrachtung der Beweiseignung seit BGE 101 IV 278 obsolet sind.

sondern eine menschliche Erklärung verkörpert ²⁵, ist deshalb zu fordern, dass **ein** Aussteller ²⁶ der Urkunde erkennbar sein muss, erfüllt dieser doch eine Garantiefunktion bezüglich des verkörperten Inhalts ²⁷.

- Zusammenfassend kann mit Walder ²⁸ folgende Definition der Urkunde abgegeben werden:

"1. Die Urkunde ist eine Gedankenäußerung eines Menschen in Schriftform auf einem substantiell festen Träger ²⁹,

2. sie muss den Aussteller als 'Garanten' der Äusserung erkennen lassen und

3. sie ist für den Beweis von rechtlich Bedeutsamem bestimmt **und** geeignet."

30

II. ZIVILRECHT

1. Im Gesetz

Der Bundeszivilgesetzgeber hat, obwohl er in ZGB 9 von der erhöhten Beweiskraft öffentlicher Urkunden (und Register) spricht, keine Legaldefinition der Urkunde, weder der privaten noch der öffentlichen vorgenommen ³¹. Dies, obwohl der Begriff der öffentlichen Beurkundung ein solcher des Bundeszivilrechts ist ³².

²⁵ HAEFLIGER, Der Begriff der Urkunde im schweiz. Strafrecht, 36

²⁶ STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 162: "Natürlich kommt es nicht darauf an, dass der **wirkliche** Aussteller erkennbar wird; sonst wäre die unechte Urkunde keine Urkunde.... Wesentlich für die Urkundenqualität ist nur der Anschein, dass sich eine bestimmte Person als Aussteller zu dem Schriftstück bekenne."

Ebenso WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 73 f

²⁷ STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 161 f

SCHERER, Strafbare Formen falscher schriftlicher Erklärungen, 52 ff

A.A. noch HAEFLIGER, Der Begriff der Urkunde im schweiz. Strafrecht, 48 f, der sich aber widerspricht.

²⁸ WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 77

²⁹ Vgl. aber BGE 111 IV 119 ff, der einem elektronischen Datenträger Urkundenqualität zuerkannte, sofern bei geeigneter Lesbarmachung der Inhalt eine menschliche Gedankenäußerung darstellt.

Ebenso BGE 112 II 328 f, der einer nicht unterschriebenen Telexerklärung Beweisfunktion zukommen lässt, obwohl sie dem Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit i.S.v. OR 13 nicht genügt.

³⁰ Vgl. auch BGE 101 IV 279, indirekt BGE 112 II 328 f

³¹ EGGER, Zürcher Kommentar zu ZGB 1-89, N 9 zu ZGB 9, der bedauert, dass kein einheitlicher Urkundenbegriff existiert.

³² HUBER, Öffentliche Beurkundung, ZBJV 103 (1967) 251, der darlegt, wie sich mit BGE 90 II 274 das Bundesgericht erstmals dazu bekannt hat. Seither ist es als herrschende Lehre anerkannt.

2. Durch die Lehre

Die Definition der Urkunde blieb in der Folge der Lehre überlassen. Als heute herrschende Lehre kann die Definition von Jäggi ³³ verstanden werden: "Urkunde im primären, eigentlichen Sinn ist demnach ein Schriftstück, dessen Schrift zu einer Gedankenäusserung verwendet wurde." ³⁴ Meier-Hayoz/Von der Crone ³⁵ verwenden eine weniger griffige Definition, wenn sie schreiben: "Eine Urkunde im Sinne des Privatrechts ist ein Schriftstück, das eine privatrechtlich relevante Erklärung enthält." Damit kann sich am Merkmal 'Relevanz' der gleiche Streit wie in der strafrechtlichen Diskussion entfachen. Schmid verlangt demgegenüber in seiner Urkundendefinition deren Beweisfunktion: "... versteht man unter der Urkunde ein Schriftstück, das die Festlegung rechtlich erheblicher Tatsachen bezweckt." ³⁶

Die öffentliche Urkunde, d.h. das Schriftstück, das das Ergebnis der öffentlichen Beurkundung darstellt, zeichnet sich dadurch aus, dass sie das Produkt eines vom Staate vorgeschriebenen Verfahrens unter einer vom Staate damit beauftragten Person ist ³⁷. Entscheidend ist somit lediglich das Verfahren der Herstellung, dessen Einzelheiten den Kantonen anheimgestellt sind ³⁸.

Jede Urkunde verbindet also den körperlichen Gegenstand (Schriftträger) mit dem darauf geäußerten Gedanken (meist eine Willenserklärung) und bewirkt dadurch, dass der Gedanke 'verewigt' wird ³⁹.

"Ein Schriftstück ist dann eine Urkunde, wenn sein Urheber durch die Beschriftung einen eigenen Gedanken kundgeben will." ⁴⁰

Dieser zivile Urkundenbegriff weicht vom strafrechtlichen ab, da die Urkunde ein mit Schriftzeichen versehenes Schriftstück - zwar nicht notwendigerweise aus

Vgl. statt vieler SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 57 zu OR 11

33 JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 27 ff zu OR 965

34 JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 28 zu OR 965

35 JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, Wertpapierrecht, 12

36 MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 3

37 SCHMID, Unterschriftenwesen, 11

38 GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil I, N 435

SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 57 zu OR 11

39 Analog für die Beglaubigung: SCHMID, Unterschriftenwesen, 94 f

38 ZGB SchIT 55

39 JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 28 f zu OR 965

40 JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, Wertpapierrecht, 15

40 JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, Wertpapierrecht, 14

Papier - sein muss ⁴¹. In dieser Hinsicht ist der zivilrechtliche Begriff enger als der strafrechtliche. Umgekehrt aber hat das Merkmal der Beweisbestimmung, bzw. Beweiseignung in der zivilrechtlichen Diskussion keine eigenständige Bedeutung, ist der Urkundenbegriff in dieser Hinsicht weiter gefasst.

Die Unterschrift selbst ist nicht notwendigerweise Bestandteil einer Urkunde ⁴², d.h. eine Urkunde kann, sofern ein Aussteller erkennbar ist, unabhängig von der Unterschrift gegeben sein ⁴³. Dennoch sind die meisten Privaturkunden mit einer Unterschrift versehen, was sich aus der Funktion der Unterschrift ergibt ⁴⁴.

III. VERFAHRENSRECHT

1. Im Gesetz

Weder die Bundesgesetze über den Zivil- bzw. den Strafprozess, noch das SchKG, das zwar auf die Beweisbarkeit einer Forderung mittels Urkunde abstellt (SchKG 82), nehmen eine Legaldefinition der Urkunde vor.

Die kantonalen Zivilprozessordnungen verzichten, mit Ausnahme von Basel-Stadt ⁴⁵ und Graubünden ⁴⁶, auf eine explizite Definition der Urkunde.

Einige Kantone ⁴⁷ setzen die Beweiszeichen den 'schriftlichen' Erklärungen gleich, woraus sich der Regelfall der Schriftlichkeit von Urkunden ableiten lässt. Dass unter Urkunden nur Schrifturkunden verstanden werden, kommt in den

⁴¹ JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 27 zu OR 965
SCHMID, Unterschriftenwesen, 12 f

⁴² Insbes. nicht bei der öffentlichen Urkunde. Vgl. dazu HUBER, Oeffentliche Beurkundung, ZBJV 103 (1967) 271 f
BGE 112 II 326 ff

⁴³ Vgl. die Urkunden, die durch Untersiegelung beglaubigt werden

⁴⁴ Vgl. dazu ausführlich § 3, S. 17

⁴⁵ § 99 der ZPO BS: "Unter Urkunden sind zu verstehen: Schriftstücke, durch welche der Aussteller derselben eine in direkter Beziehung zu dem obschwebenden Rechtsstreit stehende Tatsache oder vor ihm abgegebene Erklärung als wirklich geschehen bezeugt."

⁴⁶ Art. 162 der ZPO GR: "Unter Urkunden im weitesten Sinne versteht man Gegenstände, die zum Andenken an eine Begebenheit oder als Zeichen eines Rechtes durch menschliche Tätigkeit gefertigt worden sind.

Dahin gehören namentlich handschriftliche oder gedruckte Aufsätze, Rechnungen, Erklärungen, Tonträger und dergleichen (Dokumente und Belege), ferner auch Denkmäler, wie Marchen, Denksteine, Grabmäler, Wappen, Siegel, Pläne, Risse, Zeichnungen, Photographien usw.

Schriftliche Erklärungen zur Umgehung des Zeugenbeweises sind keine Urkunden im Sinne dieses Gesetzes."

⁴⁷ So die Kantone LU, UR, ZG, BL, AI, SG, GR, AG, TG

meisten Zivilprozessordnungen zusätzlich durch den Hinweis auf die Vornahme von Schriftexpertisen im Falle der Behauptung einer Fälschung zum Ausdruck
48. Gelegentlich 49 findet sich (auch) eine Definition der öffentlichen Urkunde, wobei nur das spezielle Herstellungsverfahren in der Definition Erwähnung findet, nicht etwa die Urkunde an sich.

2. Durch die Lehre

Auch in der zivilprozessualen Literatur ist die Urkundendefinition ebenso umstritten wie in der straf-, bzw. zivilrechtlichen 50. "Urkunden im weiteren Sinne sind also, um das anders zu formulieren, solche Zeichen, die irgend einen Gedanken körperlich darstellen und zudem die Absicht in sich schliessen, diesen Gedanken dem Beschauer als vergangene Tatsache zu überliefern." 51

Aus den Umschreibungen der Zivilprozessordnungen - wie sie auch von der Lehre ausgelegt werden - geht jedoch hervor, dass die meisten Kantone, inkl. Bund, unter einer Urkunde primär ein Schriftstück verstehen, das von menschlicher Hand ausgefertigt über eine Tatsache oder einen rechtlich relevanten Vorgang Beweis erbringt, und zwar durch ihren schriftlich festgehaltenen Inhalt 52. Darüber hinaus geniessen von der Beweismittelqualität her auch andere Bild- und Tonträger die Qualifizierung als Urkunde, was eine wesentliche Erweiterung des Urkundenbegriffes mit sich bringt.

Richtig kommt Hürlimann 53 zu folgender, m.E. allgemeingültiger zivilprozessualen Urkundendefinition: "Urkunde ist jede Schrift, auf welche im Prozess Bezug genommen wird, um mittelst des durch dieselbe ausgedrückten, gedanklichen Inhalts eine Tatsache zu beweisen."

48 So in den Kantonen ZH, BE, LU, UR, ZG, FR, BS, BL, SH, AI, AR, SG, GR, AG, TG, TI, VD, VS, GE, JU

49 So in den Kantonen BE, LU, UR, NW, ZG, FR, BS, BL, AI, SG, GR, AG, TG, TI, VS, JU

50 WALDER-BOHNER, Zivilprozessrecht, 368

51 STRAEULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcher ZPO, N 1 zu Vorbem. vor § 183 ZPO
52 HUERLIMANN, Der Urkundenbeweis im Zivilprozess, 46, 50 f, mit weiterführender Literatur

53 KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 131

GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 332

53 HUERLIMANN, Der Urkundenbeweis im Zivilprozess, 54

D RECHT DER URKUNDEN ALS BEREICH 'ZWISCHEN' MATERIELLEM RECHT UND VERFAHRENSRECHT

Nicht nur die unterschiedlichen Definitionen der Urkunde im Zivil-, Straf- und Prozessrecht, sondern auch die eigens in ZGB 9 hervorgehobene öffentliche Urkunde zeigen die Bedeutung, die die Urkunden, die meist mit einer Unterschrift versehen sind, im Rechtsverkehr haben.

Bevor in § 2 die einzelnen Merkmale und Anforderungen der verschiedenen Rechtsgebiete an eine Unterschrift näher beleuchtet werden, soll zuvor überblicksartig gezeigt werden, welche Funktion die Urkunde, d.h. die Schriftform, unter den Gesichtspunkten der tangierten Rechtsgebiete erfüllen soll.

I. PRIVATRECHT

Aus der Sicht des Privatrechts ist die Urkunde das Ergebnis der gesetzlichen oder gewillkürten Formvorschriften, die in Abweichung vom Grundsatz der Formfreiheit aufgestellt wurden. Sinn und Zweck der Urkunde ist somit abhängig vom Zweck, den die Formvorschriften im allgemeinen ⁵⁴ oder für das betreffende Rechtsgeschäft erfüllen sollen.

Die Urkunde als das Produkt der Formvorschriften hat im materiellen Recht - von den Besonderheiten des Wertpapierrechts abgesehen - kein eigenes Schicksal, sondern teilt das Schicksal der sie geschaffenen Formvorschrift. Wird eine solche verletzt, hat das gemäss OR 11 in der Regel die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge ⁵⁵.

⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil I, N 411 ff (Schutz der Parteien, Beweis-, Registerführung)
SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 26 ff zu OR 11, insbes. N 33-39, N 45-47

⁵⁵ VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 235 f
GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil I, N 447 ff
VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 236 f

II. VERFAHRENSRECHT

Das Verfahrensrecht sieht in einer Urkunde, nicht nur in einer öffentlichen, das Beweismittel ⁵⁶, das je nach Ausgestaltung der Prozessordnung (sogar) einen erhöhten Beweiswert, bzw. eine Vormachtstellung gegenüber anderen Beweismitteln - trotz freier richterlicher Beweismündigung - genießt ⁵⁷.

III. STRAFRECHT

Das Strafrecht gewährt gewissen Urkunden (im weitesten Sinne verstanden) strafrechtlichen Schutz, sofern sie die Voraussetzungen der Legaldefinition von StGB 110 Ziff. 5 erfüllen, d.h. auch Urkunden im strafrechtlichen Sinne darstellen. Damit soll einerseits die Beweismittelqualität gesichert, d.h. der Glaube in die Urkunden geschützt ⁵⁸ und andererseits dafür gesorgt werden, dass überhaupt wahre Tatsachen beurkundet werden ⁵⁹.

§ 2 DEFINITION DER UNTERSCHRIFT IM GELTENDEN SCHWEIZERISCHEN RECHT

Nachdem in § 1 nur mittelbare Aussagen über die Unterschrift gemacht wurden - nämlich insoweit als sie das Schicksal der Urkunde, auf der sie verkörpert ist, teilt -, gilt es nun, im Hinblick auf die in § 3 zu untersuchende Funktion der Unterschrift, diese selbst zu definieren.

⁵⁶ HUERLIMANN, Der Urkundenbeweis im Zivilprozess, 40 f, 45 ff
⁵⁷ STRAEULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcher ZPO, N 3 zu Vorbem. vor § 183 ZPO
Vgl. dazu den französischen Code Civil, Art. 1341, der für Geldforderungen über frf. 5000.-- (der Betrag wird laufend der Geldentwertung angepasst) einen Beweis durch Urkunden verlangt, sowie die Nennung der Urkunde in vielen kantonalen Prozessordnungen als erstes der Beweismittel (vgl. z.B. UR, GL, BL, AR, SG, GR, AG, TG, VD, VS).

Eine erhöhte Beweiskraft der Urkunde liegt auch SchKG 82 vor Augen, wenn festgehalten wird, dass für eine Forderung, die mit öffentlicher Urkunde oder in einer durch **Unterschrift** bekräftigten Schuldanerkennung, d.h. einer mit Unterschrift versehenen Privaturkunde, ausgewiesen ist, die provisorische Rechtsöffnung gewährt werden kann.

⁵⁸ Unter Strafe Stellen der Fälschung, resp. Verfälschung der Urkunde

⁵⁹ Unter Strafe Stellen der Falschbeurkundung

Beide Tatbestandsvarianten sind in StGB 251 (Urkundenfälschung) enthalten.

A STRAFRECHT

I. IM GESETZ

Trotz der Legaldefinition der strafrechtlich geschützten Urkunde (StGB 110 Ziff. 5) wird, wie aus dieser ersichtlich ist, auf eine Legaldefinition der Unterschrift verzichtet. Ueber die Notwendigkeit der Unterschrift als Urkundenbestandteil und ihre allfällige Beschaffenheit wird nichts gesagt.

II. DURCH DIE LEHRE

Die strafrechtliche Lehre nimmt keine Begriffsbestimmung der Unterschrift vor, d.h. sie stützt sich insoweit auf die Verkehrsauffassung, und wendet sich sogleich ihrer Funktion und den für das Strafrecht abzuleitenden Rechtsfolgen zu. Die Unterschrift gewinnt aus ihrer Funktion Bedeutung für die einzelnen Tatbestandsvarianten der Urkundenfälschung wie sie in StGB 251 umschrieben sind ⁶⁰.

B VERFAHRENSRECHT

I. IM GESETZ

Die Zivilprozessordnungen der verschiedenen Kantone befassen sich nicht mit der Unterschrift als solcher, sondern mit dieser als selbstverständlichem Bestandteil einer Urkunde. Somit beziehen sich alle Ausführungen über die Qualität und die sonstigen Anforderungen an die Urkunde - damit sie als Beweismittel über ein Recht überhaupt Aussagekraft besitzt - auf die ganze Urkunde, d.h. auch auf die Unterschrift.

So wie die Urkunde nicht näher definiert wird, so unterbleibt auch eine Definition der Unterschrift. Sie wird aber als in der Regel vorhanden vorausgesetzt. Einige Zivilprozessordnungen regeln speziell die Frage, wie der Beweiswert von nicht

⁶⁰ Vgl. dazu ausführlich STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 169 ff
SCHERER, Strafbare Formen falscher schriftlicher Erklärungen, 15 f

unterschiedenen Schriftstücken anzusehen ist, ja ob sie überhaupt als Urkunden gelten ⁶¹.

II. DURCH DIE LEHRE

Die Lehre vermeidet ebenfalls eine Definition der Unterschrift, indem sie - wie der Gesetzgeber - sogleich auf die Funktion der Unterschrift, bzw. das Verfahren bei behaupteter Unterschriftenfälschung eingeht ⁶².

C ZIVILRECHT

I. IM GESETZ

1. Fehlende Legaldefinition

Weder OR noch ZGB enthalten eine eigentliche Legaldefinition der Unterschrift.

2. Umschreibung einzelner Merkmale einer (gültigen) Unterschrift

Innerhalb der Bestimmungen über die Entstehung von Verträgen, genauer im Rahmen der Vorschriften über die "Form der Verträge" (OR 11-16), befassen sich die Artikel 13-15 OR mit der Unterschrift ⁶³.

⁶¹ Insbesondere bei (ordnungsgemäss) geführten Geschäftsbüchern wird dies bejaht.
⁶² HUERLIMANN, Der Urkundenbeweis im Zivilprozess, 70 f., der mit der herrschenden Lehre annimmt, dass die Unterschrift der wichtigste Bestandteil einer Urkunde darstelle. Eine echte Unterschrift habe die Vermutung der Echtheit des Textes über ihr für sich. Diese Vermutung stelle vielleicht sogar Gewohnheitsrecht dar.
Vgl. auch Art. 227 II ZPO SG vom 20. März 1939, wo diese Vermutung zur gesetzlichen Regelung wurde.
⁶³ Gemäss ZGB 7 besitzen diese Ausführungen Gültigkeit für den gesamten Bereich des Zivilrechts.

a) OR 13

Ohne nähere Definition der Unterschrift als solcher hält OR 13 I fest, dass sämtliche sich durch einen Vertrag verpflichtenden Personen zu unterschreiben haben, sei es auf der Vertragsurkunde selbst (OR 13 I) oder sei es, bei Vertragsschlüssen mittels Telekommunikation, durch Unterschrift auf der Aufgabepesche (OR 13 II).

b) OR 14/15

Gemäss OR 14 I ist die Unterschrift "eigenhändig" zu schreiben. Die Faksimile - Unterschrift wird gemäss OR 14 II nur dort als gültig anerkannt, wo es der Verkehrsübung entspricht.

OR 14 III und OR 15 regeln die Beglaubigung von Unterschriften bei Blinden, resp. bei Personen, die nicht schreiben können. Beide Problemkreise sind für die folgenden Ausführungen nicht direkt von Bedeutung. Immerhin lässt sich aus OR 15 die Bedeutung der Unterschrift indirekt herleiten, indem nur eine öffentliche Beurkundung oder ein öffentlich beglaubigtes Handzeichen die Unterschrift zu ersetzen vermag.

c) OR 16

OR 16 verweist in den Fällen der gewillkürten Schriftform auf die Anforderungen, die OR 11-15 für die gesetzliche Schriftform aufstellen, bringt also nichts Neues.

II. DURCH DIE LEHRE

Wie aus den gesetzlichen Bestimmungen ersichtlich ist, ging der Gesetzgeber grundsätzlich davon aus, dass das Phänomen 'Unterschrift' durch sein Erscheinen im Rechts- und Verkehrsleben genügend bekannt und gefestigt ist, so dass es ausser des in OR 14 I bei der Revision eingefügten Erfordernisses der 'Eigenhändigkeit' keiner näheren Definition bedurfte. Gemäss Jäggi bezeichnet der Begriff 'Unterschrift' sowohl den **Vorgang** des Unterschreibens, auch

'Unterzeichnen' genannt, als auch das Ergebnis dieses Vorganges, einen **Zustand** des Schriftstückes: "Dieses 'trägt' nunmehr die Unterschrift, ist also mit Schriftzeichen versehen, die den mit Unterschreiben ausgedrückten Sinngehalt dauerhaft festhalten." ⁶⁴

Demgegenüber versucht Schmid unmittelbar aus der Funktion der Unterschrift Rückschlüsse auf ihre notwendigen Bestandteile zu ziehen ⁶⁵.

Auch Breitschmid geht zunächst vom durch die Verkehrssitte "zweifelsfrei umrissenen" Gehalt der Unterschrift aus ⁶⁶.

Aus dem gesetzlichen Erfordernis der Eigenhändigkeit, das i.d.R. Zügigkeit und stärkeres individuelles Gepräge der Unterschrift gegenüber der gewöhnlichen Handschrift zur Folge hat ⁶⁷, schliesst die Lehre, dass im Unterschied zur Definition der Schrift als solcher die Leserlichkeit, im Sinne einer Möglichkeit der Entzifferung der einzelnen Schriftzeichen als einzelne Buchstaben, keine Voraussetzung an Begriff und Gültigkeit der Unterschrift ist, sofern als Folge der Eigenhändigkeit die individuelle Charakteristik des Schriftzuges beibehalten wird ⁶⁸. Geht die Unleserlichkeit so weit, dass nicht einmal Schriftzeichen erkennbar bleiben, wird der Schrift- und Unterschriftencharakter als solcher verneint. Allenfalls kann diesfalls noch von einem Handzeichen gesprochen werden ⁶⁹.

-
- 64 SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 18 zu OR 13
65 SCHMID, Unterschriftenwesen, 20 ff, zum Rückschluss auf die Verwendung des Namens, 23 ff, zur Eigenhändigkeit
66 BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nrn. 514 ff, Nrn. 520 ff
67 Dazu nachfolgend im 2. Kapitel, S. 21, die ausführliche Darlegung des Unterschiedes Text-/Unterschrift aus schriftvergleichender Sicht
68 SCHMIDLIN, Berner Kommentar zu OR 11-17, N 9 zu OR 15
FISCH, Legitimationsprüfung im Bankverkehr, 10
SCHMID, Unterschriftenwesen, 44 ff, der sich ausführlich mit den verschiedenen Lehrmeinungen auseinandersetzt.
BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nrn. 557 ff
BGE 108 Ia 292, der den Rechtsverlust infolge Unleserlichkeit der Unterschrift als überspitzten Formalismus taxiert.
69 SCHMIDLIN, Berner Kommentar zu OR 11-17, N 10 zu OR 15
SCHMID, Unterschriftenwesen, 44
BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nrn. 554 ff
Deutlich die insoweit gleiche deutsche Lehre und Rechtsprechung: WM 1985, 339: allerdings müssen mind. einzelne Zeichen als Buchstaben erkennbar sein und auf einen Namen schliessen lassen, ansonsten keine Schrift, sondern Handzeichen vorliegen.
Ebenso NJW 82, 1467 und NJW 82, 1016
Diese Rechtsprechung wird auch aus schriftvergleichender Sicht begrüsst. Vgl. die Anmerkungen von MICHEL, Anforderungen an die eigenhändige Unterschrift, MHS 10 (1984) 207 f

§ 3 FUNKTION DER UNTERSCHRIFT IM RECHTSVERKEHR

Nachdem eine aussagekräftige, allgemeine Definition der Unterschrift nicht möglich ist, sollen aufgrund ihrer Funktion im Rechtsverkehr Rückschlüsse auf notwendige Eigenschaften und Merkmale gezogen werden.

A ANERKENNUNG DER URKUNDE

Durch das Unterschreiben nimmt der Unterschreibende die Rekognition des Verurkundeten vor ⁷⁰, d.h. mit dem Unterschreiben **unter** dem Text der Urkunde wird dieser als gewollte Erklärung anerkannt ⁷¹.

"Die Unterschrift muss sich durch ihre örtliche Stellung äusserlich als eine den Inhalt der Urkunde deckende und diese vollziehende Willenserklärung darstellen." ⁷²

Die strafrechtliche Optik deckt sich hinsichtlich der Funktion der Unterschrift mit der zivilrechtlichen. In ihrer Terminologie soll der Aussteller der Urkunde durch das Unterschreiben als Garant ⁷³ der Aeusserung in Erscheinung treten, d.h. den Text der Urkunde beglaubigen.

⁷⁰ SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 20 zu OR 13
SCHMIDLIN, Berner Kommentar zu OR 11-17, N 10 zu Allg. Erläuterungen zu OR 12-15

BECKER, Berner Kommentar zu OR 1-183, N 2 zu OR 13-15

SCHMID, Unterschriftenwesen, 15 f

⁷¹ VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 241

BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nrn. 516, 562 ff

Aus dem Verfahrensrecht vgl. BGE 108 Ia 289 ff

BGE 102 IV 142 ff, der ausdrücklich auf die zivilrechtliche Regelung von OR 13 I verweist.

BGE 112 II 328 sieht dagegen vom Erfordernis der Unterschrift ab.

⁷² BGE 33 II 105, der die Begründung aus den Motiven zum BGB herleitet.

Ausführlich SCHMID, Unterschriftenwesen, 26 ff

⁷³ So z.B. WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 77

STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 162

B IDENTITÄTSPRÜFUNG DES AUSSTELLERS/UNTERSCHREIBENDEN

I. UNTERSCHRIFT BEDEUTET UNTERZEICHNEN MIT DEM NAMEN DES AUSSTELLERS

Obwohl das schweizerische OR nur "Unterschrift" und nicht "Namensunterschrift" verlangt ⁷⁴, gilt gemäss herrschender Lehre und Verkehrssitte, dass der Unterschreibende mit seinem Namen zu unterzeichnen hat ⁷⁵. Die Namensunterschrift trägt durch die Nennung des Namens ⁷⁶ zur Identifizierung des durch die Unterschrift Ausgewiesenen, d.h. des Namensträgers ⁷⁷, bei ⁷⁸.

⁷⁴ Wie z.B. § 126 BGB

⁷⁵ Generell SCHMIDLIN, Berner Kommentar zu OR 11-17, N 13 zu Allg. Erläuterungen zu OR 12-15

Vgl. dazu auch die Anforderungen in HRV 26 bezüglich der Firmaunterschrift, die Jäggi auch für den bürgerlichen Verkehr angewendet wissen will: SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 24 zu OR 13 SCHMID, Unterschriftenwesen, 20 ff, gestattet ausnahmsweise eine andere Unterschrift als die Namensunterschrift.

BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nrn. 521 ff, tritt für eine liberalere Haltung ein, sofern nur eindeutig auf den Aussteller des Testamentes geschlossen werden kann, z.B. "Dein Vater". Insbes. kann s.E., mind. für den Nicht-Geschäftsverkehr, aus HRV 26 nicht auf den Zwang zum Unterschreiben mit dem eigenen Familiennamen geschlossen werden (Nrn. 523 ff).

⁷⁶ Zur Funktion des Namens im allgemeinen:

VAN HOBOKEN-DE ERNEY, Familienname und Persönlichkeit, 14 ff, insbes. 37 f und 154: "Eine klare und konstante Identifizierung einer Person bedeutet sodann eine Erleichterung im täglichen Privatleben und eine Sicherung des Geschäftsverkehrs." (=Öffentlichrechtlicher Aspekt des Familiennamens), Familienname als zwingender Ordnungsfaktor, 162 f: "Identifizierung des Namensträgers als Person und durch den **Familiennamen** als Mitglied einer Gemeinschaft" 188, 190.

Ebenso KLIPPEL, Der zivilrechtliche Schutz des Namens, 355 f

⁷⁷ LEHMANN, Die Unterschrift im Tatbestande der schriftlichen Willenserklärung, 60 ff
⁷⁷ Der Begriff 'Namensträger' für die Person, dessen Name durch die Unterschrift repräsentiert wird, findet sich u.a. bei:

LAMPRECHT, Die Haftung des Namensträgers bei Wechselfälschungen

KOLLER, Fälschung und Verfälschung von Wertpapieren, WM 1981, 210 ff

In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff 'Namensträger' übernommen. In der schriftvergleichenden Literatur wird statt 'Namensträger' auch der Begriff 'Namenseigner' verwendet.

⁷⁸ Auf die Frage, ob der Stellvertreter direkt mit dem Namen des Vertretenen unterschreiben darf, ohne auf das Vertretungsverhältnis hinweisen zu müssen, siehe sogleich unter III, S. 19 f.

II. EIGENHÄNDIGKEIT DER UNTERSCHRIFT ALS ZUVERLÄSSIGES IDENTIFIKATIONSMERKMAL

Wenn sowohl OR 14 I wie auch BGB § 126 I für die Unterzeichnung einer Urkunde die Eigenhändigkeit der Unterschrift verlangen, so hat das folgenden Sinn:

Durch die eigenhändige Unterzeichnung haften der Unterschrift individuelle, den Schreiber charakterisierende Züge an, die 'in ihrer Einmaligkeit' zwingende Rückschlüsse auf den Aussteller zulassen ⁷⁹, sofern dieser mit dem Namensträger identisch ist ⁸⁰.

III. SONDERPROBLEM: STELLVERTRETUNG

Ohne den Ausführungen über die juristische Qualifikation der Fälschung vorgreifen zu wollen ⁸¹, ist an dieser Stelle schon kurz auf die Schwierigkeiten hinzuweisen, die die grosszügige Auslegung der Bestimmungen über die Zeichnungsweise des Stellvertreters mit sich bringt:

Sowohl das Erfordernis der Namensunterschrift wie auch dasjenige der Eigenhändigkeit wird unterlaufen, wenn - wie es der deutschen Lehre entspricht ⁸² - gestattet wird, dass der Vertreter direkt und ohne Angabe des Vertretungsverhältnisses mit dem Namen des Vertretenen unterschreiben kann. Das Moment der Eigenhändigkeit, das die ungenügende Identifizierung durch den Namen präzisieren soll - und auch kann - wird so toter Buchstabe.

⁷⁹ So ohne Bedenken und Zweifel bei den meisten juristischen Autoren: SCHMIDLIN, Berner Kommentar zu OR 11-17, N 4 zu OR 15; SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 4-6 zu OR 14/15; BECKER, Berner Kommentar zu OR 1-183, N 6 zu OR 13-15; OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 1-183, N 1 zu OR 14; VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 240; SCHMID, Unterschriftenwesen, 23; LEHMANN, Die Unterschrift im Tatbestande der schriftlichen Willenserklärung, 49, 53 Grundsätzlich zustimmend BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nrn. 534 f., der von "Markenzeichen" spricht, zurecht aber kritisch für den Bereich der letztwilligen Verfügungen, Nrn. 344 ff. Vgl. auch die Ausführungen der schriftvergleichenden Literatur bezüglich der Testamentsfälschungen, hinten, S. 31 f., S. 55 f.

⁸⁰ Vgl. die Ausführungen zur Leserlichkeit, vorne § 2 C II, S. 16

⁸¹ Vgl. hinten Teil 2, Kapitel 2, S. 60 ff

⁸² Vgl. die ausführliche Darstellung des Lehrmeinungsstreites bei HOLZHAUER, Die eigenhändige Unterschrift, 8, 17 ff

In der Schweiz ist die Frage der Zulässigkeit dieser Allographie umstritten ⁸³. Für die strengere Auslegung spricht - neben den Argumenten aus dem Begriff der Eigenhändigkeit als solcher - die Regelung in HRV 26 I, die vorsieht, dass zeichnungsbefugte Vertreter einer Firma ihren Namen neben denjenigen der Firma zu setzen haben. Lediglich Inhaber von Einzelfirmen und geschäftsführende Mitglieder einer Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft dürfen gemäss der Ausnahmebestimmung von HRV 26 II mit dem blossen Firmennamen zeichnen. HRV 26 III macht demgegenüber klar, dass Prokuristen mit ihrem Namen und einem die Prokura verdeutlichenden Zusatz zu zeichnen haben, und zwar **nebst** dem Namen der Firma. M.E. ist nicht einzusehen, warum für die bürgerliche Stellvertretung diesbezüglich geringere Anforderungen an die Zeichnung zu stellen sind wie für die kaufmännische Prokura, zumal sich aus dem Gesichtspunkt, dass Unterschrift eigenhändige Namensunterschrift bedeutet, die gleiche Betrachtungsweise ⁸⁴ aufdrängt ⁸⁵.

-
- 83 OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 1-183, N 6 f zu OR 13; N 7 zu OR 14, sprechen sich für die Uebernahme der deutschen Lehre aus. Gegenteiler, m.E. richtiger Ansicht, die überwiegende Lehre: SCHMIDLIN, Berner Kommentar zu OR 11-17, N 16-18 zu Allg. Erläuterungen zu OR 12-15, N 5 ff zu OR 15
BECKER, Berner Kommentar zu OR 1-183, N 3 zu OR 13-15
VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 394 f: "Bei der Schriftform hat der Vertreter nach Art. 14 I [OR] die Unterschrift eigenhändig zu schreiben. Die Unterschrift besteht korrekterweise aus dem Namen des Vertreters, wobei das Vertretungsverhältnis aus einem Zusatz zur Unterschrift oder aus dem Text der Urkunde hervorgehen muss. Diese Art der Unterschrift ist in Art. 719 und 900 [OR] für die Verwalter der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft vorgeschrieben, in Art. 458 I [OR] für den Prokuristen. Dasselbe ergibt sich m.E. **allgemein** aus einer unbefangenen Auslegung des Art. 14 I [OR]. **Denn 'eigenhändige Unterschrift' kann nichts anderes bedeuten, als eine Unterschrift, die der Träger des Namens selbst herstellt.** Es besteht aber (in Deutschland wie in der Schweiz) eine weitverbreitete laxer Verkehrssitte, nach welcher der Vertreter ohne weiteres mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt. Eine solche Unterschrift genügt m.E. nicht den Erfordernissen der Schriftform, insbesondere nicht, seitdem der bei der Revision neu aufgenommene Art. 14 I [OR] die Eigenhändigkeit besonders hervorhebt." (Hervorhebung durch den Verfasser). Ebenso SCHMID, Unterschriftenwesen, 77 ff, insbes. 84 f, unter ausführlicher Darstellung des Lehrmeinungsstreites
Differenzierend SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 31 ff zu OR 13; N 6 zu OR 14/15
- 84 Gleicher Meinung SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 24 zu OR 13
- 85 SCHMID, Unterschriftenwesen, 85
Im öffentlichen Recht ist die direkte Unterzeichnung mit dem Namen des Vertretenen überhaupt unzulässig: Ein Stimmbürger kann ein Initiativbegehren nur mit seinem eigenen Namen gültig unterzeichnen: vgl. BGE 112 IV 84.

2. KAPITEL DIE UNTERSCHRIFT IN DER SCHRIFTVERGLEICHUNG

§ 4 WESEN UND FUNKTION DER UNTERSCHRIFT IN DER MODERNEN SCHRIFTVERGLEICHUNG

Nachdem in den vorhergehenden Paragraphen dargelegt wurde, dass die Unterschrift im Verkehrsleben nicht nur selbstverständlich ist, sondern durch die weitreichenden Konsequenzen, welche die Rechtsordnung der Unterschrift - zunächst ohne nähere Begründung und Rechtfertigung - beimisst, überhaupt erst zu dieser Bedeutung gelangt, gilt es nun zu prüfen, ob die Unterschrift aus psychologisch-physiologischer Sicht diese Bedeutung auch verdient, und, wenn ja, aus welchen Gründen.

A TERMINOLOGISCHES

Es ist wichtig, dass die zwei Forschungszweige der Schriftkunde vorab mit aller Deutlichkeit auseinandergehalten werden:

I. SCHRIFTVERGLEICHUNG

Aufgabe der Schriftvergleichung ist die Untersuchung aller handschriftlichen Schreibprodukte auf ihre Echtheit hin sowie, in selteneren Fällen, der Versuch einer Identifizierung eines Schrifturhebers ⁸⁶. Wie die Fundstelle dieser Definition zeigt, handelt es sich bei der Schriftvergleichung um ein Fachgebiet der Kriminalistik ⁸⁷, d.h. um eine Hilfswissenschaft im Dienste des Strafverfahrens. Sie wird aber auch, wie weiter hinten ersichtlich wird, in einer eigenen verhaltenspsychologischen Grundlagenforschung betrieben ⁸⁸.

⁸⁶ MICHEL, Schriftvergleichung, in: Handwörterbuch der Kriminologie, 94
MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 1
Die französische Tradition lief viel weniger Gefahr, Graphologie und Schriftvergleichung zu vermischen.

⁸⁷ Zur Terminologie vgl.:
REHBERG/HAUSER, Strafrecht I, Vorlesungsskriptum, 18
PFANNE, Schriftexpertise, 12

⁸⁸ Insbesondere am psychologischen Institut der Universität Mannheim unter Leitung von Prof. Michel, aus dessen Forschungsarbeit die meiste hier verwendete Literatur stammt.

II. GRAPHOLOGIE

Auch die Graphologie ⁸⁹ ist ein Wissenschaftszweig der Psychologie. Ihr geht es aber darum, aus dem Wesen der Handschrift, Rückschlüsse auf die Wesensart, Persönlichkeitsstruktur einer Person zu ziehen ⁹⁰.

Anfangs dieses Jahrhunderts wurde auch die Graphologie in den Dienst der kriminalistischen Ermittlungen gestellt ⁹¹, heute allerdings nur noch in Sonderfällen ⁹².

B ERKENNTNISSE DER MODERNEN SCHRIFTVERGLEICHUNG

I. UNTERSCHRIFT ALS BESTANDTEIL DER HANDSCHRIFT

Soweit es um die Vergleichung mechanischer Schriften geht, wird nicht näher auf die Schriftvergleichung eingegangen. Die Vergleichung von Maschinenschriften erfolgt nach naturwissenschaftlich-technischen Kriterien. Deshalb sind in diesem Bereich 'sichere' Resultate möglich ⁹³.

In der Schriftvergleichung (wie auch in der Graphologie) wird bezüglich des Gegenstandes der Untersuchung streng unterschieden zwischen den zwei Produkten der Handschrift: Textschrift und Unterschrift ⁹⁴.

⁸⁹ Nach anderer Terminologie ist 'Graphologie' ein Oberbegriff, der in die Teilgebiete 'Schriftvergleichung' - 'Schriftdeutung' zerfällt.

So z.B. PFANNE, Schriftexpertise, 12

⁹⁰ Wie schon der Buchtitel des 'Klassikers' der Graphologie verrät:

Vgl. KLAGES, Handschrift und Charakter

⁹¹ Vgl. u.a. PULVER, Trieb und Verbrechen in der Handschrift

⁹² U.U. bei der Identifizierung von Anonyma - Schreibern, in den Fällen von Drohung/Erpressung/Verleumdung etc.

⁹³ Vgl. dazu ausführlich: NISSEN, Sicherheitsgrade der Schlussfolgerung bei Handschriftenvergleichung, MHfS 5 (1979) 1

NISSEN, Wahrscheinlichkeitsaussagen in der Schriftexpertise, MHfS 6 (1980) 55-81

Zu den technischen Möglichkeiten und Verfahren:

POHL, Handbuch der naturwissenschaftlichen Kriminalistik, 253 ff., insbes. 272 ff., der auch bei Maschinenschriften neben den Eigenarten der Schreibmaschine solche des Schreibers nachweisen kann, insbes. aus der Beschaffenheit des Anschlages.

⁹⁴ PFANNE, Schriftexpertise, 13, 79

BRANDT, Befunderhebung von Schriftmerkmalen, ZfM 45 (1981) 138 f., weist auf die verschiedenen inhaltlichen Funktionen von Text- und Unterschrift hin: **Textschrift hat Mitteilungs-, Unterschrift hat Signalfunktion**, und zwar im Sinne von individueller Prägung.

Vereinzelte wird dieser Unterschied auch in der juristischen Literatur gesehen und berücksichtigt:

Vgl. SCHMID, Unterschriftenwesen, 11

Die Unterscheidung ist deshalb wichtig, weil die Unterschrift sämtliche Merkmale der Handschrift erfüllt, darüber hinaus Eigentümlichkeiten aufweist, die sich v.a. auf die Methode der Vergleichung (Vergleichbarkeit nur des Vergleichbaren) auswirken ⁹⁵.

II. DEFINITION DER HANDSCHRIFT

In der Schriftvergleichung war Klages' Kernsatz lange das vorherrschende Paradigma: "Die Handschrift ist das bleibend gegenständliche Erzeugnis einer persönlichen - [i.S.v. einmaliger] - Schreibbewegung" ⁹⁶, was aus linguistischer Sicht prinzipiell bestätigt werden kann: "Die Handlung des Schreibens als Abfolge von Willkürbewegungen wird durch das Zusammenspiel von geistigen bzw. logisch-intellektuellen innersprachlichen, körpermotorischen und technisch-materialen Faktoren konstituiert." ⁹⁷

Die experimentelle Schriftvergleichung konnte die abstrakt formulierte These Klages' im Prinzip bestätigen, aber nicht beweisen ⁹⁸, und gelangt zur heute herrschenden Definition:

"In der Handschrift hinterlässt eine Person eine Bewegungsspur, die in ihrer

95 BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nr. 346, Nrn. 534 f
CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 5
PFANNE, Schriftexpertise, 81

96 PFANNE, Handschriftenvergleichung, 11, 42
KLAGES, Handschrift und Charakter, 1
Uebernommen von BECKER, Handschrift, in: Handwörterbuch der Kriminologie, 370
Aehnlich pauschal die ältere Literatur:
MEYER-SCHNEICKERT, Graphologie, 23 (Handschrift als Teil der Physiognomie), postulierte - allerdings zur Legitimation der Persönlichkeitsspezifität der Schrift - die These 'Handschrift ist Gehirnschrift', verwies hingegen weiter auf Erlenmeyer (S. 145), der in der Schrift schon richtig das Ergebnis der Koordination von psychischer und mechanischer Leistung sah.
WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 31 f, der sich auf die französische Tradition, die schon früh die Trennung von Graphologie und (kriminalistische) Schriftvergleichung - im Dienste des Strafverfahrens - vorgenommen hatte, beruft.
BISCHOFF, La police scientifique, 189
Vgl. dazu die grossen Untersuchungen von LOCARD, Traité de Criminalistique V, "l'expertise des documents écrits", aus dessen Falldarstellungen Weder die meisten Beispiele hat.

97 LEWANDOWSKI, Linguistisches Wörterbuch 2, 730

98 LAMP'L, Zur Bewertung der Deckungsgleichheit, insbes. von Unterschriften, ZfM 42 (1978) 275-283, 276 f, der weitergehende Regelmässigkeit, insbes. bei Unterschriften feststellt, als bisher angenommen wurde. Damit würden sowohl das Klages'sche Dogma von der Einmaligkeit der Handschrift als auch die schriftvergleichenden Studien zur intraindividuellen Schwankungsbreite, sofern sie nicht auf äusserlichen Einwirkungen beruht, erschüttert.

Eigentümlichkeit unter normalen Bedingungen interindividuell mehr oder minder unverwechselbar und intraindividuell relativ konstant ist." ⁹⁹

In der Literatur der empirischen Psychologie werden Versuche gemacht, Berechnungen im Sinne mathematisch - fundierter Wahrscheinlichkeitsrechnungen aufzustellen, die einerseits die interindividuelle Eigentümlichkeit (=Individualität) und andererseits die intraindividuelle Schwankungsbreite (=Reliabilität) durch Faktorgrossen ausdrücken ¹⁰⁰.

Zu den einzelnen Berechnungsarten, insbes. auf welche Merkmale dabei abgestützt werden kann, darf oder soll, herrscht ein noch nicht beendeter Theorienstreit, auf den an dieser Stelle nicht näher eingetreten werden kann und einzutreten werden braucht ¹⁰¹.

III. KONSEQUENZEN DIESER DEFINITION

Die Handschrift, bzw. deren Persönlichkeitsspezifität, wird zwar auch in der neueren Grundlagenforschung - wie bisher von Klages und der vereinfachenden juristischen Literatur - aus ihrer Bewegung heraus erklärt ¹⁰², aber die Einmaligkeit der Handschrift wird dabei in zweifacher Hinsicht relativiert:

Zum ersten ist nur mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu beweisen, dass jedes Individuum eine spezifische Feinmotorik hat, die sich in seinem Bewegungsapparat so auswirkt, dass sich der Bewegungsablauf als prägend, charakteristisch - eben einmalig - zu erkennen gibt ¹⁰³.

-
- 99 MICHEL, Schriftvergleichung, in: Handwörterbuch der Kriminologie, 94
MICHEL, wörtlich übernommen in seinem Lehrbuch 'Gerichtliche Schriftvergleichung', 27, wo er insbes. auch die an seinem Institut betreuten Einzelprojekte zu Spezialfragen der Schriftvergleichung miteinbezieht.
CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 9: "Die Singularität von Handschriften kann demnach **allenfalls** aus der Kombination von individuellen Ausprägungsgraden universeller Merkmale und differentiellen Merkmalen resultieren."
Gl.M. PFANNE, Schriftexpertise, 21 ff
PFANNE, Handschriftenvergleichung, 11
Dem Grundsatz nach hat die französische kriminalistische Wissenschaft unter Locard, auf die sich Weder im wesentlichen stützt, dies schon in den dreissiger Jahren erkannt.
- 100 Vgl. dazu ausführlich: CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 26 ff
- 101 CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 6 ff
- 102 So z.B. BAIER, Schreibdruckmessungen, 6: "Schrift als 'geronnene Bewegung'", wobei die Bewegung in die drei Dimensionen horizontal, vertikal und Tiefe einzuteilen ist (13).
- 103 CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 49
NISSEN, Sicherheitsgrade der Schlussfolgerung bei Handschriftenvergleichung,

Zum zweiten ist aber erwiesen - und das bringt eine zusätzliche Schwierigkeit - , dass die gleiche Person unter verschiedenen äusseren Schreibbedingungen, (wie Schreiben im Stehen, auf verschiedenen Unterlagen etc., Veränderungen, die durch Alter oder etwa durch Alkohol hervorgerufen werden) und inneren (psychologischen) Umständen mehr oder weniger grosse Schwankungen in ihrer Schrift aufweist ¹⁰⁴.

Obwohl aus der Optik der verhaltenspsychologischen Grundlagenforschung noch viele grundsätzliche Fragen unbeantwortet sind, besteht dem Grundsatz nach darüber Einigkeit - weshalb überhaupt die Forschung sinnvollerweise weiter betrieben wird -, dass die "Individualität einer Handschrift durch die besondere Konfiguration ihrer graphischen Merkmale gegeben ist" ¹⁰⁵, jedenfalls in einer empirisch genügenden Genauigkeit, die es erlaubt, der Unterschrift diese Bedeutung, die sie im Verkehrsleben innehat, auch aus schriftvergleichender und damit zu Recht auch aus juristischer Optik zu gewähren.

Zu beachten bleibt allerdings, dass die Schriftvergleichung im Dienste der Kriminalistik immer nur Wahrscheinlichkeitsergebnisse wird liefern können, die mehr oder weniger befriedigend sind ¹⁰⁶.

In der Praxis wird diese schon in theoretischer Hinsicht schwierige Beweisfüh-

MHfS 5 (1979) 1-20, der sich sehr pessimistisch äussert, 4: "Die sichere Schlussfolgerung auf eine urheberschaftliche Identität zweier Handschriften wäre dann nur erlaubt, wenn die oft behauptete Hypothese der absoluten interindividuellen Unwiederholbarkeit von Merkmalskonfigurationen gesichert wäre. Eben diese Hypothese ist aber bis heute unbewiesen."

In seinem Aufsatz 'Wahrscheinlichkeitsaussagen in der Schriftexpertise' fundiert er seine Aussagen mit mathematischen Berechnungen, MHfS 6 (1980) 55-81.

104 CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 34 f

Diese sog. intraindividuelle Schwankungsbreite ist immer wieder Gegenstand verschiedenster Einzeluntersuchungen, insbes. bezüglich des Alkoholeinflusses. LAMP'L, Zur Bewertung der Deckungsgleichheit, insbes. von Unterschriften, ZfM 42 (1978) 275-283, stellt mit seinen Ergebnissen aus der Verhaltensforschung insbes. die psychische Schwankungsbreite in Frage.

Zum gleichen Ergebnis kommt auch BAIER, Schreibdruckmessungen, 47 ff, 206 ff, wobei er den äusseren Bedingungen den grösseren Einfluss bezügl. der intraindividuellen Schwankungsbreite zukommen lässt (164).

105 Vgl. den Stand der Wissenschaft zusammenfassend: MICHEL, Schriftvergleichung, in: Handwörterbuch der Kriminologie, 94

106 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 30 ff, zur Variabilität im besonderen, 36 ff
So schon mit Vehemenz: PFANNE, Schriftexpertise, 57 f: "...das Ergebnis einer Schriftexpertise setzt sich ausschliesslich aus einer Summierung von mehr oder minder grossen Wahrscheinlichkeiten zusammen." Bei der Unterschrift ist gemäss Pfanne generell nur ein Wahrscheinlichkeitsergebnis möglich, a.a.O., 87.

NISSEN, Sicherheitsgrade der Schlussfolgerung bei Handschriftenvergleichung, MHfS 5 (1979) 4

NISSEN, Wahrscheinlichkeitsaussagen in der Schriftexpertise, MHfS 6 (1980) 55, der den Ausführungen Pfannes auch aus mathematischer Optik beipflichtet.

rung durch Schwierigkeiten gutachtlicher Tätigkeit überhaupt, wie z.B. ungenügendes Vergleichsmaterial, zusätzlich erschwert.

IV. EIGENTÜMLICHKEITEN DER UNTERSCHRIFT GEGENÜBER DER 'GEWÖHNLICHEN' HANDSCHRIFT

Zunächst ist die Selbstverständlichkeit festzuhalten, dass 'Unterschrift' Namensunterschrift bedeutet, d.h., eine Unterschrift besteht höchstens aus Vorname und Familienname, wobei im geschäftlichen Verkehr der Vorname häufig fehlt. Demzufolge besteht das Schriftstück nur aus einem, evtl. zwei Wörtern. Es ist also von geringem Umfang, was die Schriftvergleiche erheblich erschwert¹⁰⁷.

Weiter hat die Häufigkeit des Unterschreibens und die Bedeutung, die die Rechtsordnung der Unterschrift beilegt, zur Folge, dass die Unterschrift - als Konsequenz ihrer Häufigkeit - einerseits automatisiert, dadurch verkürzt und stilisiert wird¹⁰⁸, dass andererseits Unterschriften kunstvoll ausgeschmückt, paraphiert werden, ja dass u.U. eine Unterschrift gleichsam 'eingeübt' wird¹⁰⁹.

Aus diesen Gründen ist die intraindividuelle Schwankungsbreite bei Unterschriften sowohl bei inneren wie bei äusseren Störfaktoren geringer¹¹⁰ als bei gewöhnlichen Textschriften, d.h. die Unterschrift zeichnet sich durch eine gewisse Konstanz aus.

-
- 107 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleiche, 126
Zu den Konsequenzen, die sich daraus für die Arbeit der Schriftexperten ergeben, siehe später unter Teil 2, Kapitel 1, § 6 A III, S. 34 f
- 108 Evtl. bis zur Unleserlichkeit
- 109 PFANNE, Handschriftenvergleiche, 11
Aus der juristischen Literatur: BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nr. 535
- 110 BAIER, Schreibdruckmessungen, 56

2. TEIL DIE FÄLSCHUNG DER UNTERSCHRIFT

1. KAPITEL FÄLSCHUNG AUS DER SICHT DER SCHRIFTVERGLEICHUNG

§ 5 FÄLSCHUNGSVARIANTEN

A ÜBERSICHT

Das von Conrad ¹¹¹ entwickelte und von Michel ¹¹² übernommene und weiterentwickelte Schema ¹¹³ gibt eine Uebersicht sowohl über die verschiedenen **echten** Schriftvarianten, als auch über unechte Varianten, sog. Fälschungen und deren Ähnlichkeitskorrelation ¹¹⁴: Diese Einteilung ist wichtig, da die Erkennbarkeit von Schriftveränderungen ¹¹⁵ - sowohl was die Möglichkeit an sich betrifft, als auch bezüglich der anzuwendenden Vorgehensweise - von der Art der Veränderung abhängig ist.

B ZU DEN PRINZIPIELLEN FÄLSCHUNGSVARIANTEN IM EINZELNEN

I. UNTERSCHIEDUNG NACH DEM URHEBER DER FÄLSCHUNG

In der schriftvergleichenden Literatur werden zwei prinzipielle, sich gegenseitig ausschliessende Arten von Schriftveränderungen festgestellt: Die Schriftverstellung, bei der der Namensträger selbst seine Handschrift willentlich so verändert, dass er als Urheber nicht mehr erkennbar ist ¹¹⁶ und die in der

-
- ¹¹¹ CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 1
¹¹² MICHEL, Problemstellungen bei Unterschriftsprüfungen, ZfM 39 (1975) 3
MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 113
¹¹³ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 113
Ein im wesentlichen inhaltlich gleiches Schema, das aber viel ausführlicher und darum unübersichtlicher ist, verwendet schon PFANNE, Handschriftenvergleichung, im Anhang.
Aus Gründen der Uebersichtlichkeit wird hier dasjenige von Michel verwendet.
¹¹⁴ Das Schema befindet sich hinten im Anhang 1
¹¹⁵ 'Schriftveränderung' wird in diesem Zusammenhang als neutraler Oberbegriff verwendet, der Veränderungen im Schriftbild umfasst, die vom Namensträger selbst herrühren, d.h. echt sind, wie auch solche, die von Dritten stammen, also gefälscht sind.
¹¹⁶ Vgl. dazu ausführlich MICHEL, Schriftverstellung bei Unterschriftsleistungen, ZfM 39 (1975) 52-75
MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 180 f

Regel in Fälschungsabsicht vorgenommene Nachahmung durch einen Dritten
117.

1. Schriftverstellung

Da die Schriftverstellung ein Schreibergebnis hervorbringt, das vom Namensträger selbst produziert wurde, somit echt, oder in der Terminologie Conrads, authentisch ist, gehört ihre Behandlung eigentlich gerade **nicht** in den Bereich der Fälschungen. Die Rechtfertigung, trotzdem erwähnt zu werden, ergibt sich aus der Tatsache, dass vom Empfänger aus gesehen - und diese Optik interessiert letztlich - die Erkennbarkeit einer Schriftverstellung oft genauso problematisch ist, wie diejenige einer Fälschung ¹¹⁸, ja, dass aus diesem Grunde oft ¹¹⁹ von einem Namensträger mittels Verstellung der eigenen Unterschrift beispielsweise eine Zahlung zweimal verlangt wird, bzw. eine Verpflichtung, die mit einer verstellten Unterschrift eingegangen worden war, nachträglich bestritten wird ¹²⁰.

Im Bestreitungsfall einer verstellten Unterschrift steht somit der Schriftsachver-

-
- 117 MICHEL unterscheidet bei unechten Unterschriften solche, die in und solche, die ohne Fälschungsabsicht vorgenommen werden. Vgl. Schema, in: Gerichtliche Schriftvergleichung, 113; zu den für die Praxis wenig bedeutenden Fällen ohne Fälschungsabsicht, 146 f
- 118 Vgl. die eingehenden Untersuchungen von MICHEL, Verstellung der eigenen Unterschrift, AfK 154 (1974) 43-53; 65-76
MICHEL, Schriftverstellungen bei Unterschriftsleistungen, ZfM 39 (1975) 52-75
Von den älteren Autoren wies insbes. LOCARD, Traité de Criminalistique V, 30, auf die Schriftverstellung hin, die er unterteilt in die 'gewöhnliche' Verstellung (= "déguisement") und eine solche, die zugleich eine Fälschung vortäuschen soll (= "autoforgerie"); detaillierte Darstellung, a.a.O., 179 ff.
PFANNE, Handschriftenvergleichung, 65-87
- 119 Zur Häufigkeit: MICHEL, Schriftverstellung bei Unterschriftsleistungen, ZfM 39 (1975) 54, der glaubt, dass eine recht hohe Dunkelziffer besteht.
Dass diese Fälle nicht zu vernachlässigen sind, wurde von Herrn Wäschle, Chef der technischen Abteilung des Urkundenlabors der Kriminalpolizei des Kantons Zürich in einem Interview vom 20.5.1987 bestätigt. (Im folgenden zitiert: WAESCHLE, Interview)
- 120 Vgl. die Beispiele aus den verschiedensten Bereichen:
WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 56, der die Einteilung von Locard übernehmend, einerseits Fälle unterscheidet, bei denen es dem Schreiber nur um sein Inkognito geht - so bei Künstlern, aber auch bei Anonyma - Schreibern und Spionen -, andererseits solche nennt, bei denen der Schreiber nachträglich einer Verpflichtung entgehen will, wie bei Bestellschein- und Quittungsfälschungen.
Zu den Bestellscheinfälschungen auch PFANNE, Bestellscheinfälschungen aus der Sicht des Handschriftenexperten, AfK 141 (1968) 14-27
MICHEL, Schriftverstellung bei Unterschriftsleistungen, ZfM 39 (1975) 53, berichtet von Schriftverstellung bei der Verfassung von Probeschriften!

ständige vor der gleichen Fragestellung wie bei einer Fälschung: Stammt die fragliche Unterschrift von derjenigen Person, die durch die Unterschrift ausgewiesen wird ¹²¹ oder nicht?

2. Fälschung

Nach dem Gesagten kann von einer Fälschung nur dann gesprochen werden, wenn ein Schreibprodukt (in casu die Unterschrift) von einem anderen als vom Namensträger geschrieben worden ist.

II. UNTERSCHIEDUNG NACH DER ART DER FÄLSCHUNG

Die Fälschungen werden in die beiden Gruppen 'Pausfälschungen' - 'Freihandfälschungen' unterteilt ¹²².

1. Pausfälschungen

Unter Pausfälschungen verstehen die Schriftexperten alle Erscheinungsformen von mechanischer (Unterschrifts)-Nachahmung, sei es durch Durchschreiben, Gegenlichtpausen, Abstecken oder Durchdrücken eines Originalschriftzuges ¹²³. Weder ¹²⁴ teilt ein in **direkte** Pausfälschungen, die dadurch entstehen, dass das Schriftstück, auf das die Unterschrift zu pausen ist, auf das echte gelegt wird, um die durchschimmernde echte Unterschrift, evtl. unter Zuhilfenahme von Gegenlicht, nachfahren zu können, und in **indirekte**, bei denen die

¹²¹ So deutlich LOCARD, Traité de Criminalistique V, 182

¹²² Grundlegend LOCARD, Traité de Criminalistique V, 23 ff: Pausfälschung (= "calque") als Hauptfall der Uebertragungsfälschung (= "faux par transfert"), Nachahmungsfälschung (= "imitation") als Hauptfall der Aenderungsfälschung (= "faux par déformation"). Er teilt dabei ein in Fälschungen, zu deren Herstellung ein Hilfsmittel benötigt wird, und in solche, die ohne Hilfsmittel hergestellt werden.

BISCHOFF, La police scientifique, 187, 193

WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 31 ff, 46 ff

PFANNE, Schriftexpertise, 84 f, der von mechanischer Fälschung und Freihandfälschung spricht.

PFANNE, Handschriftenvergleichung, Anhang, Schema

CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 3

MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 129 f

¹²³ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 130 f

PFANNE, Schriftexpertise, 84, mit verschiedenen Beispielen

¹²⁴ WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 31 ff

echte Unterschrift so nachgefahren oder abgesteckt wird, dass sich Vorprägespuren auf dem darunterliegenden Blatt zeigen, die dann nachgezogen werden können. Den indirekten Verfahren ist demnach gemein, "dass sie über den Umweg von Vorprägespuren erfolgen, deren Objektivierung mit Hilfe kriminaltechnischer Methoden vorgenommen werden kann" ¹²⁵, so dass sich bei einem positiven Ergebnis eine eigentliche Schriftexpertise erübrigt. Beim direkten und beim indirekten Pausen ist diese Objektivierung auch deshalb möglich, weil durch das Pausverfahren eine weitgehende Deckungsgleichheit mit dem Original erreicht wird ¹²⁶.

2. Freihandfälschungen

Unter Freihandfälschung wird selbständiges Nachschreiben einer fremden Unterschrift verstanden, wobei der Fälscher entweder eine Vorlage der echten Unterschrift vor sich hat, oder aber eine ihm bekannte Unterschrift aus der Erinnerung (nach)-schreibt ¹²⁷. Meistens wird die Schreibweise einer fremden Unterschrift vorher eingeübt.

Die Freihandfälschungen werden unterteilt in langsam geschriebene, sog. **gemalte** Fälschungen, und in **zügig** entstandene ¹²⁸. Nach neueren Erkenntnissen von Michel und Conrad kann diese Unterteilung nicht scharf vorgenommen werden, vielmehr sind im Einzelfall Mischformen möglich ¹²⁹.

III. FINGIERTE UNTERSCHRIFTEN

Eine eigene Kategorie bilden Unterschriften, die jemand mit einem nicht (mehr) existierenden Namen leistet, oder dazu gar eine Phantasieperson erfin-

-
- 125 CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 3
So auch PFANNE, Schriftexpertise, 84, 88 f
Zu den physikalisch-technischen Untersuchungen POHL, Handbuch der naturwissenschaftlichen Kriminalistik, 262 ff
- 126 BAIER, Elektrostatische Oberflächenprüfung, MHfS 6 (1980) 155-168
Vgl. aber den aussergewöhnlichen Befund von LOHL, Kohlepapier-Durchschrift - eine Pausfälschung?, ZfM 43 (1979) 51-54
- 127 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 134 f
- 128 LOCARD, Traité de Criminalistique V, 179 f ("faux par imitation servile"/"faux par imitation libre")
PFANNE, Schriftexpertise, 85 f
- 129 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 135

det. Solche Unterschriften sind unecht, stellen aber nur im Falle, dass die betreffende Person überhaupt existiert, eine Fälschung dar, die dann auch leicht zu erkennen ist, da ja bei der Unterschriftsleistung keinerlei Aehnlichkeit beabsichtigt war ¹³⁰.

IV. SCHREIBHILFE

Besonders bei Testamenten ¹³¹ trifft die Schriftvergleichung auf einen Grenzbereich zwischen echten und gefälschten Unterschriften, nämlich auf solche, die zwar vom Namensträger geschrieben werden, aber nur durch (Unter)-Stützen der Hand durch eine Drittperson ¹³². Dieses (Unter)-Stützen ist v.a. bei alters- oder krankheitsbedingter Schwäche des Schreibers zu beobachten, und, sofern es bloss beim Stützen bleibt, von den meisten Rechtsordnungen als zulässige Handstützung anerkannt ¹³³. Das Schriftstück ist als echt zu betrachten, somit gültig, falls nicht andere Nichtigkeitsgründe gegeben sind. Anders liegt der Fall, wenn nicht bloss Handstützung, sondern eigentliche Handführung vorliegt, bei der die individuellen Schriftmerkmale des Handführers in das Schriftbild des Geführten einfliessen. Nach den oben zitierten Rechtsordnungen kann in diesem Fall nicht mehr von Eigenhändigkeit gesprochen werden. Wie das Beispiel, das Schima anführt ¹³⁴, zeigt, ist die Grenze zwischen (zulässiger) Handstützung und (unzulässiger) Handführung fliegend, zumal auch

¹³⁰ Vgl. dazu LEGIEN, Unterschriftenfälschungen aufgrund verschiedener Informationen über die Person des Namenseigners, ZfM 47 (1983) 216-222

MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 146 f: Diese Unterschriften können unter die Fallgruppe 'Fälschungen ohne Nachahmungsabsicht' subsumiert werden, oder sind Fälle von 'gewöhnlichen' Schriftveränderungen. Gerade die Bestellscheinfälschungen, PFANNE, FN 120, sind häufig Beispiele für fingierte Unterschriften.

¹³¹ Testamentsfälschungen werden von den meisten Autoren gesondert behandelt, da bei diesen eine Reihe zusätzlicher Probleme, auf die später genauer eingegangen wird, zu berücksichtigen sind. Die Ueberprüfung von Testamenten wird deshalb als die schwierigste Aufgabe der Schriftvergleichung betrachtet.

So z.B. PFANNE, Schriftexpertise, 70 ff

MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 164 ff

SCHIMA, Schreibhilfe, ZfM 45 (1980) 57

¹³² PFANNE, Schriftexpertise, 70

MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 169 f

¹³³ Für die Schweiz: SCHMID, Unterschriftenwesen, 24 f

Ausführlich BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nrn. 350 f, Nrn. 394 ff

BGE 98 II 73 ff

Für Deutschland: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 170

Für Oesterreich: SCHIMA, Schreibhilfe, ZfM 45 (1981) 63 f

¹³⁴ SCHIMA, Schreibhilfe, ZfM 45 (1981) 64 ff

beide Formen im gleichen Schriftstück enthalten sein können ¹³⁵.

§ 6 ARBEITSWEISE UND METHODE DER SCHRIFTVERGLEICHUNG

A VORBEDINGUNGEN DER SCHRIFTVERGLEICHUNG

I. NATURWISSENSCHAFTLICH-KRIMINALTECHNISCHE UNTERSUCHUNG FRAGLICHER URKUNDEN

Bevor überhaupt fragliche Schriften und Unterschriften von Schriftexperten geprüft werden, wird abgeklärt, ob sich nicht eine physikalische oder sogar eine chemische Untersuchung der Urkunde auf ihre Beschaffenheit oder auf die Beschaffenheit der Schreibflüssigkeit hin aufdrängt ¹³⁶.

Beide Untersuchungen können entweder die Schriftvergleichung überflüssig machen, indem eine Fälschung bereits nachgewiesen werden kann ¹³⁷, oder aber das Ergebnis der naturwissenschaftlichen Untersuchung dient - die Schriftexpertise ergänzend - einem sichereren Beweis ¹³⁸.

1. Untersuchung des Urkundenstoffes

Die Untersuchung des Papiers ¹³⁹ erfolgt, indem dieses mit verschiedenen chemischen Lösungsmitteln behandelt wird ¹⁴⁰, mit deren Hilfe Aussagen

-
- ¹³⁵ Im gleichen Sinne auch MICHEL, Schreibhilfe durch Dritte, AfK 170 (1982) 181
¹³⁶ POHL, Handbuch der naturwissenschaftlichen Kriminalistik, 254
MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 67 f, 153 ff, der allerdings nur bei Verdacht auf Verfälschung oder bei nachträglich aufgetretenen Verdachtsmomenten eine aufwendige technische Untersuchung vornehmen will.
¹³⁷ So v.a. bei Pausfälschungen, vgl. BAIER, Elektrostatische Oberflächenprüfung, MHfS 6 (1980) 155 ff
¹³⁸ So v.a. die Aussagen über das relative oder absolute Alter von Papieren: vgl. POHL, Handbuch der naturwissenschaftlichen Kriminalistik, 265
MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 154 f
OCKELMANN, Handschrift als Untersuchungsgegenstand der gerichtlichen Schriftvergleichung, ZfM 49 (1985), 124 f, der schildert, wie ein Beweis gegen die Echtheit der sog. Hitler-Tagebücher darin bestand, dass das verwendete Papier zur damaligen Zeit noch gar nicht hergestellt wurde.
¹³⁹ Die übrigen möglichen Schriftträger werden wegen mangelnder praktischer Bedeutung nicht behandelt.
¹⁴⁰ Vgl. die technischen Einzelheiten bei POHL, Handbuch der naturwissenschaftlichen Kriminalistik, 255 ff, insbes. die Tabellen der Seiten 257, 260 f

über die Beschaffenheit, das Alter etc. des Papiers möglich werden.

Diese Untersuchungen liefern v.a. bei solchen Schriftstücken wertvolle Ergebnisse, die im Original auf einem besonderen, dem Aussteller bekannten Papier und/oder Verfahren hergestellt werden ¹⁴¹.

2. Untersuchung des Schreibmittels

Für die Untersuchung der Schreibflüssigkeit stehen je nach Art der Schreibflüssigkeit verschiedene Untersuchungsmethoden offen ¹⁴². Ziel der Untersuchung ist es, festzustellen, ob die sichtbare Schrift, eine darunterliegende verbirgt, oder wenigstens, ob früher etwas nicht mehr Rekonstruierbares unter dem jetzigen Schriftzug verborgen war. Dadurch können gewisse mechanische Fälschungen von vornherein erkannt werden. Die häufigsten Untersuchungen sind folgende:

- Bleistiftänderungen: Hier sind Radierzonen zu erkennen.
- Farbstifte: Erkenntlichmachen mit photographischen Mitteln unter Verwendung von Farbfiltern.
- Kugelschreiber: Hier kommt einerseits photographische Behandlung unter verschiedenem Licht, UV oder IR, in Frage, meist ist aber auf die Dünnschichtchromatographie zurückzugreifen.
- Tinte, Filzschreiber, Maschinenfarbbänder: Je nach Tintenart ist diese mit verschiedenen chemischen und phototechnischen Behandlungsweisen wieder zu erkennen. Damit können ebenso Geheimschriften sichtbar gemacht wie verschiedene übereinanderliegende Schriften erkannt werden. Da durch die chemischen Untersuchungen häufig auch der Schriftträger zerstört wird, kommen diese Verfahren nur zur Anwendung, wenn die Chromatographie keine genügenden Ergebnisse liefert ¹⁴³.

II. TECHNISCHER NACHWEIS VON PAUSFÄLSCHUNGEN

Pausfälschungen werden i.d.R. vorgängig zur eigentlichen Schriftexper-

141 Z.B. Wertpapiere, Banknoten, Pässe, Identitätskarten

142 POHL, Handbuch der naturwissenschaftlichen Kriminalistik, 262 ff

143 POHL, Handbuch der naturwissenschaftlichen Kriminalistik, Tabellen, 266 und 268

tise des Handschriftenexperten mit technischen Hilfsmitteln erkannt oder ausgeschlossen:

1. Ermittlung der Deckungsgleichheit

Mit einem speziellen Gerät, das zwei Schriftstücke so übereinander projiziert, dass erkannt werden kann, ob die beiden deckungsgleich sind, können einerseits Urkundenstofffälschungen, insbes. Sicherheitsmuster auf Ausweisen und Wertpapieren infolge fehlender Deckungsgleichheit, andererseits Pausfälschungen infolge ihrer absoluten Deckungsgleichheit erkannt werden ¹⁴⁴.

2. Elektrostatische Oberflächenprüfung

Dieses Gerät ermöglicht schnell und zerstörungsfrei arbeitend, die Sichtbarmachung von Vorprägespuren, indem das fragliche Schriftstück auf eine Platte gelegt, mit einer Celophanhülle bedeckt und unter Vakuumherzeugung verschlossen wird. Im nächsten Schritt wird die Hülle elektrostatisch geladen und nachher mit einem Gemisch aus Glas- und Russpulver bestreut. Wenn Vorprägespuren vorhanden sind, werden diese dadurch sichtbar, dass diese Splitter nur dort haften bleiben. So kann der Schriftzug, der einer Pausfälschung als Vorlage gedient hat, sichtbar gemacht werden ¹⁴⁵.

III. BESCHAFFENHEIT DES VERGLEICHSMATERIALS

Zur Erinnerung ist festzuhalten, dass die Schriftvergleichung - wie schon der Terminus sagt - verschiedene Schriften miteinander vergleicht, fragliche mit **erwiesenermassen** echten, mit dem Ziel, feststellen zu können, ob eine fragliche Schrift echt oder gefälscht ist.

Um eine solche Aussage überhaupt möglich zu machen, müssen an das Vergleichsmaterial gewisse unabdingbare Anforderungen gestellt werden. Denn es ist erwiesen, dass die Qualität des Ergebnisses der schriftvergleichenden Unter-

¹⁴⁴ WAESCHLE, Interview

¹⁴⁵ WAESCHLE, Interview

BAIER, Elektrostatische Oberflächenprüfung, MHfS 6 (1980) 155 ff

suchung von der Brauchbarkeit des Vergleichsmaterials abhängig ist ¹⁴⁶, dies umso mehr, als gerade bei der Unterschriftenprüfung infolge des geringen Umfanges des fraglichen Materials dem Umfang und der Qualität des Vergleichsmaterials eine entscheidende Bedeutung zukommt ¹⁴⁷.

Gestützt auf die Anregungen Pfannes erliess das deutsche Bundeskriminalamt Richtlinien ¹⁴⁸ für die Beschaffung von Schriftproben in Strafverfahren, die in 3.3 folgende Bestimmung enthalten: "Handelt es sich bei dem fraglichen Material um Unterschriften, so müssen vom Namensträger möglichst viele (etwa 20) unbefangene Vergleichsunterschriften aus annähernd der fraglichen Zeit beschafft werden. Je verschiedenartiger die einzelnen Vergleichsunterschriften aussehen, desto grösser ist die benötigte Zahl." ¹⁴⁹

Für die Beschaffung von Vergleichsmaterial in Zivilprozessen wurden auf dem IV. Mannheimer Symposium für Schriftvergleichung 1979 Empfehlungen ¹⁵⁰ verabschiedet, die, gestützt auf den neuesten Forschungsstand in der Schriftvergleichung, die Richtlinien so gut es geht für das Zivilverfahren adaptieren. Sowohl die Richtlinien als auch die Empfehlungen geben einen ausgezeichneten Ueberblick über die Arbeit der Schriftvergleichung nach dem neuesten Erkenntnisstand. Zu den Voraussetzungen der schriftvergleichenden Untersuchungen im einzelnen:

1. Anerkennung des Vergleichsmaterials

Bei der Ueberprüfung einer fraglichen (Unter)-Schrift ist der Schriftexperte darauf angewiesen, dass die vom Auftraggeber (Gericht oder Privatperson) ihm zur Verfügung gestellten Vergleichsschriften tatsächlich echt sind. Der Auftraggeber hat dieses Risiko zu tragen, denn der Schriftexperte kann nicht zusätzlich die Echtheit der Vergleichsschriften in Frage stellen. Dies führt dazu, dass die Parteien die Echtheit der Vergleichsschriften anerkennen müssen ¹⁵¹.

¹⁴⁶ PFANNE, Schriftexpertise, 30

¹⁴⁷ PFANNE, Handschriftenvergleichung, 27

¹⁴⁸ PFANNE, Schriftexpertise, 31: "Je weniger Umfang der fragliche Text hat, desto grösserer Wert ist auf quantitativ und qualitativ hochwertiges Vergleichsmaterial zu legen."

¹⁴⁹ Die revidierte Fassung von 1977 der Richtlinien ist abgedruckt bei MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 224-231.

¹⁵⁰ Zitiert nach MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 225

¹⁵¹ Abgedruckt bei MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 232-236

¹⁵¹ Richtlinien, Ziff. 3.2, in: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 225

2. Genügend Vergleichsmaterial

Wegen der normalen intraindividuellen Schwankungsbreite jeder Handschrift ist es nötig, genügend umfangreiches Vergleichsmaterial zur Verfügung zu haben, da nur so die Gewähr besteht, dass alle, oder doch wenigstens alle signifikanten schreiberspezifischen Merkmale im Vergleichsmaterial enthalten sind¹⁵².

3. Originaldokumente

Für die Schriftvergleichung ist es von essentieller Wichtigkeit, dass sowohl die Urkunde mit der fraglichen Unterschrift, als auch das Vergleichsmaterial dem Schriftexperten im Original zugestellt werden¹⁵³.

Diese Forderung hat deshalb ihre Berechtigung, weil gewisse (nicht alle) Fälschungsmerkmale - wie weiter hinten genauer dargelegt wird¹⁵⁴ - nur an der ori-

-
- Empfehlungen, Ziff. 4.3, in: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 234
Vgl. ZPO GE 291 f, ähnlich auch ZPO VS 197
- 152 Vgl. den Fall bei PFANNE, in: Handschriftenvergleichung, 108-115, wo sich im Verlauf der schriftvergleichenden Untersuchung herausstellte, dass von den 29 als echt anerkannten Vergleichsschriften - eine Anzahl, die an sich genügend ist - eine war, die vom selben Täter gefälscht war. Wären nun weniger Unterschriften oder gar nur eine (evtl. sogar die gefälschte) zur Verfügung gestanden, hätten diese Fälschungen nicht aufgedeckt werden können.
Vgl. auch die Empfehlungen, Ziff. 4.2: "Ist die Echtheit einer Unterschrift strittig, so müssen von dem Namensträger möglichst viele (ca. 20) unbefangenen entstandene Vergleichsunterschriften vorliegen. Je grösser die Variabilität der Zeichnungsweise des Namenseigners ist, desto mehr Vergleichsschriften werden benötigt." Zitiert nach MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 234
- 153 MICHEL, Problemstellungen bei Unterschriftsprüfungen, ZfM 39 (1975) 10
MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 88, 95, insbes. bezüglich der Unterschriftenprüfung, 98
MICHEL, Zu einigen Grundsatzfragen der Schriftvergleichung, MHfS 7 (1981) 174 f
Richtlinien, Ziff. 2, in: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 225
Empfehlungen, Ziff. 2, in: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 233
WAESCHLE, Interview
Als einziger spricht sich OCKELMANN, Schriftuntersuchung an Hand von Reproduktionen, MHfS 9 (1983) 65 ff, für eine bedenkenlose Verwendung von Reproduktionen aus.
Ihm heftig widersprechend: BRANDT, Meine Meinung zu Ockelmanns Veröffentlichung ..., MHfS 9 (1983) 129 f
MICHEL, Kopie or not Kopie, MHfS 9 (1983) 121 ff
Vgl. das Beispiel bei HECKER, Wie zuverlässig ist die Schriftexpertise wirklich ?, MHfS 12 (1986) 153 ff
- 154 Vgl. § 7 A, B, S. 47 ff, insbes. Druckverlauf und Strichbeschaffenheit
155 In schwächerem Masse u.U. auch bei Kohlepapierdurchschriften. Diese Pausen lie-

ginalen ¹⁵⁵ Schrift ¹⁵⁶ erkennbar sind ¹⁵⁷. Darüber hinaus ist die unter I dargelegte naturwissenschaftlich-kriminalistische Urkundenuntersuchung nur bei Originaldokumenten sinnvoll.

Bedenklich scheint in diesem Zusammenhang die durch OR 962 II und IV ¹⁵⁸ erlaubte Praxis - gerade auch von Banken beansprucht -, Originalurkunden wie Checks, Girozettel etc. auf Mikrofilm aufzunehmen und anschliessend die Originaldokumente zu vernichten ¹⁵⁹. Abgesehen davon, dass die (meisten) Zivilprozessordnungen dem Richter wie den Parteien das Recht gewähren, auf der Beibringung der Originaldokumente zu beharren - eine Regelung, die toter Buchstabe wird -, wird mit dieser Praxis eine Schriftexpertise u.U. von vornherein sinnlos und der Beweis über Echtheit oder Fälschung infolge Beweisnotstandes ausgeschlossen ¹⁶⁰. Daran ändern auch die detaillierten Anforderungen, die OR 962 und die bundesrätliche Verordnung vom 2. Juni 1976 über die Aufzeichnung von aufzubewahrenden Unterlagen aufstellen, wenig ¹⁶¹, kann doch immer nur

fern, im Gegensatz zu Photokopien aller Art, eine noch verwertbare Vergleichsschrift. Vgl. MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 96 ff. und den Beschluss des BGH vom 3.2.1967, der ein Testament, das mit Durchschreibebogen entstanden ist, als formgültig, d.h. eigenhändig anerkannt hat.

¹⁵⁶ Nach BRANDT, Meine Meinung zu Ockelmanns Veröffentlichung ..., MHfS 9 (1983) 129 f, kann bei einer Reproduktion - unabhängig von der Art des Verfahrens - gar nicht mehr von Schrift, sondern nur noch von Abbildung derselben gesprochen werden.

¹⁵⁷ Die Ausführungen von KAEFER, Berner Kommentar zu OR 961-964, N 165 ff zu OR 963, in denen er Mikrofilmen und Rückkopien die gleiche volle Beweiskraft zukommen lässt und darüber hinaus geltend macht, gewisse Manipulationen seien bei Rückvergrösserungen leichter erkennbar, vermögen den schriftvergleichenden Erkenntnissen nicht zu genügen.

¹⁵⁸ Zum Umfang der gesetzlichen Aufbewahrungspflicht im Rahmen der kaufmännischen Buchführung KAEFER, Berner Kommentar zu OR 961-964, N 36 ff, insbes. N 44 zu OR 962

¹⁵⁹ MICHEL, Zu einigen Grundsatzfragen der Schriftvergleichung, MHfS 7 (1981) 175, schliesst eine Vergleichung anhand von Mikrofilmreproduktionen nicht grundsätzlich aus; insbes. sieht er dadurch keine Verletzung einer unter Schriftsachverständigen anerkannten Sorgfaltspflicht, aber er mahnt eindringlich, das Ergebnis entsprechend vorsichtig zu formulieren, wobei er feststellt, dass häufig kein brauchbares Ergebnis erwartet werden darf.

Für die ausschliessliche Verwendung von Originaldokumenten auch WAESCHLE, Interview

Sogar OCKELMANN, Schriftuntersuchung an Hand von Reproduktionen, MHfS 9 (1983) 68 ff. gibt richtigerweise zu, dass Reproduktionen grosse Qualitätsunterschiede aufweisen.

¹⁶⁰ ENGELKE, Schriftvergleichung nur an originalen Unterlagen?, ZfM 47 (1983) 86-90

MICHEL, Kopie or not Kopie, MHfS 9 (1983) 122, spricht vom Mut zum non liquet.

¹⁶¹ Vgl. auch die "Richtlinien für die Erstellung von Arbeitsanweisungen zur Aufzeichnung und Aufbewahrung von Unterlagen auf Datenträgern", in: KAEFER, Berner Kommentar zu OR 961-964, Anhang D, und die "Richtlinien für die Erstellung von Arbeitsanweisungen zur Aufzeichnung von Unterlagen auf Bildträgern", in: KAEFER, Berner Kommentar zu OR 961-964, Anhang E

eine **inhaltlich** übereinstimmende wieder lesbar zu machende Kopie garantiert werden ¹⁶².

4. Art des Schrifterzeugnisses

Schon Pfanne ¹⁶³ forderte eindringlich, dass nur Vergleichbares miteinander verglichen werden darf. Steht demnach eine Unterschrift zur Diskussion, darf sie nur mit einer echten Unterschrift des Namensträgers verglichen werden. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich naturgemäss bei Testamenten, liegt doch hier in aller Regel kein geeignetes Vergleichsmaterial vor ¹⁶⁴.

5. Entstehungszeit

Die Erkenntnisse über die intraindividuelle Schwankungsbreite einer Schrift legen den Schluss nahe, dass das Vergleichsmaterial idealerweise aus einem Zeitraum von plus/minus drei Monaten gegenüber der fraglichen (Unter)-Schrift stammen sollte ¹⁶⁵.

Auch hinsichtlich dieser Voraussetzung geben Testamenten zu besonderen Schwierigkeiten Anlass, sind doch sie besonders anfällig dafür, in einer durch Alter, Krankheit oder spezieller psychischer Belastung beeinträchtigten Situation entstanden zu sein. Diese Veränderungen treten kurzfristig auf und können deshalb zu grossen Schwankungen innerhalb eines kurzen Zeitraumes führen ¹⁶⁶.

¹⁶² KAEFER, Berner Kommentar zu OR 961-964, N 70 ff, für die EDV generell, N 109 ff, insbes. N 118 zu OR 962

¹⁶³ PFANNE, Schriftexpertise, 30

PFANNE, Handschriftenvergleichung 34, 42

¹⁶⁴ PFANNE, Schriftexpertise, 70

MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 167 f

¹⁶⁵ Allgemein: PFANNE, Schriftexpertise, 30

Zu den drei Monaten im besonderen: WALLNER, Relative Konstanz der Handschrift, ZfM 39 (1975) 140

Vgl. auch die Buchbesprechung MICHEL's über Norlén und Wallners Arbeit, eine Datierung der Manuskripte des schwedischen Dichters Sjöberg vorzunehmen, in: MHfS 2 (1976) 43-48

¹⁶⁶ Empfehlungen, Ziff. 4.1, in: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 233

Empfehlungen, Ziff. 4.1: "Je jünger oder älter die in Frage stehende Person ist, desto mehr ist mit einer Schriftwandlung zu rechnen, so dass manchmal schon Monate (bei fraglichen Testamenten oft Wochen oder Tage) von grosser Bedeutung sein können. Dies gilt auch für Personen jeden Alters, die an Erkrankungen leiden, die fortschreitende graphomotorische Abbauerscheinungen im Gefolge haben.", in: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 233.

IV. SCHRIFTPROBEN

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass zunächst nach geeignetem, unbefangenen entstandenem Vergleichsmaterial Ausschau gehalten werden muss. Erst wenn dieses nicht vorhanden ist (oder nicht genügend brauchbar ist), werden von einem fraglichen Schreiber Schriftproben abgenommen. Da diese von vornherein gewisse Bedingungen einer optimalen Schriftvergleichung nicht erfüllen können (z.B. gleiche Entstehungszeit), sind die Richtlinien für die Abnahme von Schriftproben im Straf- wie im Zivilverfahren besonders strikte einzuhalten ¹⁶⁷.

Obwohl die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen ¹⁶⁸ die Anordnung einer schriftvergleichenden Untersuchung bei bestrittenen Urkunden vorsehen, ist die Gerichtsverhandlung nicht der geeignete Ort dafür. Nicht der Richter soll die Schriftprobe leiten, sondern der Experte, der, insbes. wenn eine Schriftverstellung vermutet wird, die Schriftprobenabnahme taktisch gezielt überwachen können muss ¹⁶⁹.

V. AKTENKENNTNIS

Die Schriftexperten forderten immer schon einen umfangreichen oder doch zumindest genügenden Einblick in den ganzen Fall, dies, um anhand der genaueren Umstände über die Entstehungsbedingungen eines fraglichen Schriftstückes v.a. Aufschluss über innere und äussere Störungsmerkmale zu haben ¹⁷⁰, die sich evtl. in der intraindividuellen Schwankungsbreite äussern.

Zu den krankheitsbedingten Störfaktoren im besonderen: SUCHENWIRTH, Neurologie und Pathologie des Schreibens, ZfM 45 (1981) 114-137

¹⁶⁷ Vgl. die permanente Kritik der Arbeitsbedingungen für Schriftexperten bei PFANNE, Handschriftenvergleichung, 96-104, aber auch die Hinweise auf Verfahrensgarantien zugunsten der Beschuldigten, insbes. das generelle Weigerungsrecht zur Mitwirkung überhaupt, bei: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 90 f

Vgl. die ausführlichen Bestimmungen der Richtlinien, in: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 226-230, und der Empfehlungen, in: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 234 f

¹⁶⁸ Vgl. statt aller § 187 I ZPO ZH

¹⁶⁹ PFANNE, Bestellscheinfälschungen, AfK 141 (1968) 23

Kritisch MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 101 f: Bei Strafverfahren ist seiner Meinung nach einer raschen Ermittlung durch einen die Richtlinien beachtenden Beamten u.U. den Vorzug zu geben gegenüber einer komplizierten Abnahme durch einen Schriftexperten.

¹⁷⁰ Dies ist bei fraglichen Testamenten unabdingbar.

Vgl. die Möglichkeiten der pathologischen Schriftveränderungen bei SUCHENWIRTH, Neurologie und Pathologie des Schreibens, ZfM 45 (1981) 120 ff

In Deutschland war die Akteneinsicht lange umstritten, verweigerte doch das OLG Celle mit Urteil vom 4.12.1973, in NJW 74, 616, diese Akteneinsicht, was von Pfanne ¹⁷¹ aufs Heftigste kritisiert wurde. Diese Haltung wurde denn auch 1981 vom gleichen Gericht revidiert ¹⁷², so dass Akteneinsicht gewährt werden muss, sofern dadurch die Unbefangenheit des Schriftexperten nicht gefährdet wird ¹⁷³.

Im schweizerischen Recht bestimmt sich die Akteneinsicht nach den jeweiligen Zivilprozessordnungen ¹⁷⁴. Aus schriftvergleichender Sicht ist dabei zu kritisieren, dass der Richter mit der Bezeichnung der 'notwendigen Akten' eine u.U. falsche Gewichtung der für die Schriftvergleichung benötigten Unterlagen vornimmt. Walder ¹⁷⁵ ist aus diesem Grund für eine umfangreiche zur Verfügung Stellung der erforderlichen Unterlagen.

Ein generelles Akteneinsichtsrecht besteht jedenfalls im Zivilprozess nicht ¹⁷⁶.

VI. KENNTNIS DER SCHULVORLAGE

Für das Erkennen von Fälschungen und Schriftverstellungen ist es unabdingbar, dass die der individuellen Handschrift zugrundeliegende Schulvorlage bekannt ist ¹⁷⁷, muss doch bestimmt werden, ob eine Eigentümlichkeit schreiber- oder vorlagespezifisch ist. Obwohl seit der generellen Einführung der lateinischen Schrift an allen Schulen (Deutschlands) die sog. Systemwechsel v.a. bei der Schriftverstellung an Bedeutung verloren haben, bleibt es wichtig, dass die nationalen Schulvorlagen mit ihren Eigenarten bekannt sind ¹⁷⁸.

und die Falldarstellung bei SCHIMA, Schreibhilfe bei der Errichtung von Testamenten, ZfM 45 (1981) 64 ff

171 PFANNE, Anmerkungen zum Urteil des OLG Celle vom 4.12.1973, NJW 74, 1439 f

172 Beschluss des OLG Celle vom 7.7.1981

173 Vgl. dazu die zustimmende Besprechung von MICHEL, Zu einigen Grundsatzfragen der Schriftvergleichung, MHfS 7 (1981) 177 f

174 Für Zürich vgl. § 175 III ZPO: "Dem Sachverständigen werden die zur Erfüllung seines Auftrages notwendigen Akten zur Verfügung gestellt."

175 WALDER-BOHNER, Zivilprozessrecht, 367

176 Für den Strafprozess vgl. aber § 115 StPO ZH; zur Schriftvergleichung im besonderen: § 117 StPO ZH

177 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 30

178 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 32

B VORGEHENSWEISE BEI DER SCHRIFTVERGLEICHENDEN UNTERSUCHUNG

Erst nach erfolgter technischer Urkundenprüfung kommt es zur eigentlichen Arbeit des Schriftexperten, der die Vergleichung i.d.R. mit Hilfe des Stereomikroskopes vornimmt ¹⁷⁹.

I. METHODOLOGISCHE UNEINIGKEIT IN WISSENSCHAFTLICHER HINSICHT

Besonders in Deutschland herrscht eine lange Tradition des Disputs zwischen sog. Graphometrikern ¹⁸⁰ und graphologisch geschulten Schriftvergleichern, was sich u.a. in der unterschiedlichen Vorgehensweise bei schriftvergleichenden Untersuchungen äussert ¹⁸¹.

Während die graphologisch orientierten Schriftvergleichler immer wieder den Gesamteindruck, die Merkmale und Merkmalsbesonderheiten eines Schriftbildes als Massstab vor Augen haben, geht es den Graphometrikern darum, mittels mathematisch fundierter Faktoranalysen objektiv erkennbare, logisch zwingende Merkmalsdifferenzen festzustellen, wobei die Schwierigkeit in der Definition der signifikanten Merkmale besteht ¹⁸².

-
- 179 WAESCHLE, Interview
PFISTER, Praktische Hinweise für die Anwendung der Stereomikroskopie, AfK 175 (1985) 95 ff
- 180 Graphometrie wird dabei im modernen Sinne als Bezeichnung für "alle quantitativen Untersuchungsmethoden zur Analyse von Schreiben und Schrift" verstanden.
So bei MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 62
CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 24 ff, der zudem den überholten Streit von Graphonomen und Graphometrikern erläutert.
- 181 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 69 ff
PFANNE, Schriftexpertise, 19 ff, liefert einen graphometrischen Ansatz aber mit graphologischer Terminologie.
- 182 Eine Uebersicht über alle bisherigen faktoranalytischen Untersuchungen findet sich bei MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, Tabellen 80-83, eine kritische Würdigung der verschiedenen "Schulen" innerhalb der Graphometrie bei CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 149 ff, wobei er versucht, eine eigene Faktoranalyse zu entwickeln. Er bekennt sich dabei auch zur graphometrischen Methode, wendet sich aber strikte gegen ihre schematische Richtung; insbes. weist er nach, dass die sog. Fälschkriterien gar nicht eindeutig sein müssen (vgl. Zusammenfassung, 200 ff).

II. KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Da beide Richtungen in ihrem Absolutheitsanspruch versagen, aber für die Schriftvergleichung brauchbare Ansätze liefern, ist es nicht verwunderlich, dass die Praxis auf diese wissenschaftlichen Querelen keine Rücksicht nimmt, sondern einen Methodenpluralismus verfolgt, um brauchbare Resultate erhalten zu können ¹⁸³.

Da es aus meiner Sicht unmöglich ist, die theoretischen Ansätze kritisch zu beleuchten, halte ich mich an die für die Praxis erarbeitete Vorgehensweise von Michel, der den heutigen Stand der Forschung mit seiner 'Arbeitsanleitung' für die Praxis nutzbar macht ¹⁸⁴.

III. ERFASSUNG DER GRAPHISCHEN KOMPONENTEN/MERKMALE EINER SCHRIFT NACH MICHEL

Im folgenden wird die von Michel vorgeschlagene Arbeitsanleitung zur Merkmalerfassung dargestellt:

1. Globale Schriftmerkmale

In einem ersten Ueberblick wird das Schriftstück auf die Schriftart ¹⁸⁵, die Schriftgewandtheit ¹⁸⁶ und auf das Schriftsystem ¹⁸⁷ hin untersucht ¹⁸⁸.

2. Graphische Grundkomponenten

a) Strichbeschaffenheit

Der "Strich als Urelement der Schrift" ¹⁸⁹ ist eines der ganz

¹⁸³ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 60 ff

¹⁸⁴ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 78 ff, eine detaillierte Angabe über die schriftvergleichende Untersuchungsarbeit findet sich bei MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, Anhang D, 237-261

¹⁸⁵ Block-, Druck- oder Kurrentschrift

¹⁸⁶ V.a. bei graphologisch geschulten Schriftvergleichern ein Kriterium

¹⁸⁷ V.a. deutsche und lateinische Schrift

¹⁸⁸ Zum ganzen Abschnitt: MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 238, 241

entscheidenden Merkmale der Handschrift. In der Strichbeschaffenheit, der Strichspannung und der Strichsicherheit offenbaren sich die persönlichkeitspezifischen Merkmale einer Handschrift. Darüber hinaus äussern sich alters- und krankheitsbedingte Störungen vorwiegend in der Strichspannung und der Strichbewegung ¹⁹⁰.

b) Druckgebung

Nicht primär die absolute Druckstärke - die zudem stark vom verwendeten Schreibmaterial abhängig ist - sondern der **Druckverlauf** während eines Schreibvorganges ist von Interesse. Druckgebungswechsel indizieren Individualität ¹⁹¹.

c) Bewegungsfluss

Strich- und Erfolgsgeschwindigkeit, die sich auch im Grad und der Art der Verbundenheit äussern, sind von besonderem Interesse, insbes. solche Ligaturen, die in der Schulvorlage nicht vorgesehen sind ¹⁹².

d) Bewegungsführung und Formgebung

Schon die graphologische Richtung unterteilt ein Schreibprodukt in die Komponenten Bewegung und Form, wobei der Bewegung das individualisierende Moment zugesprochen wird, da die zu erreichende Form durch die Schulvorlage vorgegeben ist. Dieses Begriffspaar ist aber heftig umstritten, zumal die faktoranalytische Forschung zwei Aspekte der Bewegungsführung erkennen lässt: bogige vs. eckige, vereinfachende vs. erweiternde.

Einigkeit besteht aber darin, dass diesem Merkmalspaar die entscheidende Bedeutung zukommt, wenn es um die Frage der Erkennung von Handschriften geht. Denn jedermann ändert durch seine individuelle Motorik die gleiche Schul-

189 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 79, 244

190 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 244-248

191 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 248 f

192 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 249-251

vorlage signifikant, zwar wahrscheinlich nicht einmalig, aber innerhalb einer intraindividuellen Schwankungsbreite individualisierbar, ab ¹⁹³.

e) Bewegungsrichtung

In diesem Bereich interessieren v.a. Bewegungsinkonsequenzen gegenüber einer allgemeinen Bewegungsrichtung. Auch Neigungswinkel und Zeilenführung werden berücksichtigt ¹⁹⁴.

f) Vertikale Ausdehnung

Die Grösse der einzelnen Schriftzonen und ihre Proportionen sind die eigentlichen Arbeitsgebiete der (schematischen) Graphometrie. Sie werden auch heute berücksichtigt, wobei aber auf vorgegebene Raumverhältnisse Rücksicht genommen werden muss ¹⁹⁵.

g) Horizontale Ausdehnung

Auch hier interessieren, wie bei f), v.a. die Proportionen zueinander, und zwar sowohl innerhalb von Buchstaben (= primäre Weite) als auch zwischen Buchstaben (= sekundäre Weite) ¹⁹⁶.

h) Vertikale Flächengliederung

Hier werden die Darstellung auf dem Papier (Randabstände) und die Abstände zwischen den einzelnen Zeilen untersucht. Dies ist v.a. bei (anonymen) Briefen von Interesse ¹⁹⁷.

193 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 251-255
194 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 256 f
195 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 257 f
196 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 258 f
197 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 259

i) Horizontale Flächengliederung

Die Seitenränder und die Abstände zwischen den Wörtern werden untersucht ¹⁹⁸.

k) Sonstige Merkmale

Hier sind alle nicht-schriftlichen graphischen Besonderheiten wie Ziffern, Interpunktionen, Orthographiefehler etc. von Interesse ¹⁹⁹.

IV. WERTUNG DER GRUNDKOMPONENTEN DER SCHRIFT IM HINBLICK AUF FÄLSCHUNGSMERKMALE

1. Vereinfachende Schematisierung

Ausgangspunkt jeder schriftvergleichenden (und graphologischen) Analyse einer fraglichen Schrift ist ihre Beschreibung als Verbindung von (vorgegebener) Form und Bewegung ²⁰⁰.

Dementsprechend bedienen sich auch Schriftexperten bei ihrer Untersuchung einerseits der minutiösen Vergleichung von Formelementen, sog. Schriftmerkmalen, andererseits der Möglichkeiten, die Bewegungsführung, die Bewegungsstruktur zu erkennen.

Unter diesem Aspekt können die Untersuchungsschritte a)-e) unter die bewegungsmässig orientierten und die Punkte f)-h) unter die formmässigen eingeteilt werden. Punkt d) 'Bewegungsführung und Formgebung' steht dabei am Scheitel zwischen beiden Aspekten. Daraus ergibt sich, dass dieser Punkt der kritischste, aber auch der wichtigste der ganzen Analyse ist.

¹⁹⁸ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 260

¹⁹⁹ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 260 f

²⁰⁰ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 60

BRANDT, Befunderhebung von Schriftmerkmalen, ZfM 49 (1981) 138, will die 'Schrift' als dialektischen Prozess 'zwischen' Form und Bewegung verstanden wissen.

2. Erkennung einer Fälschung

Die neuere schriftvergleichende Literatur ist sich einig, dass bei der Ueberprüfung einer fraglichen Schrift den bewegungsmässig orientierten Untersuchungs-schritten die grössere Bedeutung zukommt als den formuntersuchenden²⁰¹.

Diese Aussage findet sich auch in den stark mathematisch orientierten Untersuchungen, die eine möglichst objektive Aufzählung von eindeutigen 'Fälschungsmerkmalen' haben möchten. So kommt Conrad in der zusammenfassenden Analyse seiner grossangelegten Untersuchung zum Schluss:

"Merkmalsbereiche wie Grössen in der horizontalen und vertikalen Ebene, Abstände und Winkel, die bei schematischen Vergleichstechniken im Vordergrund stehen, können Schlussfolgerungen gezielter Vergleichsuntersuchungen nach den erzielten Befunden nur in beschränktem Umfang determinieren. Die wesentlichen Fälschungsindikatoren stehen vielmehr in enger Beziehung zu Merkmalsbereichen, die über bewegungsphysiologische Grundlagen und das motorische Koordinationsvermögen der Schreiber Aufschluss geben. Besonders **Druckverlauf**²⁰², **Strichbeschaffenheit** und **Bewegungsführung** müssen in den Vordergrund gestellt werden."²⁰³

Diese Ansicht teilt selbst Brandt²⁰⁴, obwohl er im Verlauf seiner Arbeit eine feinmaschige Merkmalstabelle entwirft, die sämtliche objektiven Schriftmerkmale erfassen soll. Die Feinheiten von Strichbeschaffenheit, Druckgebung und Bewegungsführung versucht er durch geeignete Merkmalsdefinitionen zu erfassen. "Die Methode der buchstabenorientierten Befundbeschreibung versucht durch Aufsplitterung einzelner Bewegungsphasen (die funktional abhängig von Buchstabenformen sein können) ein durch individuelle Schreibbewegungstendenzen

201 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 59, wendet sich gegen eine reine Vergleichung von Buchstabenformen.

So auch schon PFANNE, Schriftexpertise, 60

202 Vgl. dazu die empirische Untersuchung von BAIER, Schreibdruckmessungen in Schriftpsychologie und Schriftvergleichung, der Messungen erläutert, die einerseits den Schreibdruck und andererseits (nachträglich) den Schriftdruck als Diskriminante aufführen.

203 CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 203

Ebenso MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 144 ff

Vgl. auch OCKELMANN, Handschrift als Untersuchungsgegenstand der gerichtlichen Schriftvergleichung, ZfM 49 (1985) 152 ff, insbes. 157 f

204 BRANDT, Befunderhebung von Schriftmerkmalen, ZfM 45 (1981) 138-164

sich auszeichnendes eigentümliches Schriftmerkmalsprofil zu erhalten." 205

§ 7 ERKENNEN DER EINZELNEN ARTEN VON UNTERSCHRIFTSFÄLSCHUNGEN ANHAND DER SCHRIFTVERGLEICHENDEN MERKMALSKRITERIEN

Nachdem im vorherigen Paragraphen die Arbeitsweise der schriftvergleichenden Untersuchung im allgemeinen dargestellt wurde, soll nun bezüglich der Unterschrift gezeigt werden, woran eine Fälschung grundsätzlich erkannt werden kann.

A PAUSFÄLSCHUNGEN

I. VORPRÄGESPUREN

Wie schon vorne 206 ausgeführt wurde, können indirekte Pausfälschungen mit technischen Hilfsmitteln nachgewiesen werden, ohne dass es einer eigentlichen Schriftvergleichung bedarf 207.

II. DECKUNGSGLEICHHEIT

Bei einer sauber durchgeführten direkten oder indirekten Pause wird die gefälschte Unterschrift deckungsgleich mit der echten, wodurch sie sich gerade verrät 208. Nach den Erkenntnissen über die intraindividuelle Schwankungsbreite, die zwar gerade bei den stark automatisierten Unterschriften angezweifelt wird, muss eine völlige Deckungsgleichheit zumindest Verdacht erregen 209.

205 BRANDT, Befunderhebung von Schriftmerkmalen, ZfM 45 (1981) 144 f
206 S. 29 f, S. 33 f

207 POHL, Handbuch der naturwissenschaftlichen Kriminalistik, 262 ff
208 BAIER, Elektrostatische Oberflächenprüfung, MHfS 6 (1980) 155-168

209 WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 31 f

PFANNE, Schriftexpertise, 84 f

MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 131 ff

Vgl. aber auch LOHL, Kohlepapier-Durchschrift - eine Pausfälschung?, ZfM 43 (1979) 51 ff

209 Dies, obwohl LAMP'L, Zur Bewertung der Deckungsgleichheit, insbes. von Unterschriften, ZfM 42 (1978) 275-283, aufgrund der neueren verhaltenspsychologischen Erkenntnisse davon ausgeht, dass die Regelmässigkeit von Naturvorgängen - und

U.U. wird es aber möglich sein, die Vorlage, die gebraucht wurde, ausfindig zu machen, wodurch der Befund zusätzlich gestützt wird. In der Praxis ergeben sich oft zusätzliche Schwierigkeiten, da die Fälscher entweder die Vorlage leicht verrutschen oder aber eine Mischform von Pausfälschung und langsam gemalter Freihandfälschung herstellen, damit nicht anhand der Deckungsgleichheit zu schnell eine Pausfälschung vermutet wird ²¹⁰.

III. **DRUCKVERLAUF, STRICHBESCHAFFENHEIT UND** **BEWEGUNGSFÜHRUNG**

1. Unmotivierte Unterbrechungen

Indem der Fälscher eine möglichst formtreue Wiedergabe der Unterschrift beabsichtigt, wird er immer wieder 'neu ansetzen' müssen, um die Deckungsgleichheit zu erreichen. Besonders bei den durch Automation gekennzeichneten Unterschriften sind solche Unterbrechungen verdächtig. Darüber hinaus finden diese häufig an Stellen statt, die sich für ein Absetzen des Schriftzuges nicht aufdrängen. Anhand des Vergleichsmaterials werden diese Unterbrechungen, Anflückungen etc. deshalb ziemlich leicht erkannt ²¹¹.

2. Andere Bewegungsführung

Da beim Pausverfahren einer vorgegebenen Spur nachgefahren wird, ist in aller Regel eine langsamere Schreibweise als beim Original zu beobachten. Diese sog. zeichnende oder malende Schreibweise legt hinsichtlich der bewegungsphysiologischen Kriterien deutliche Unterschiede gegenüber Originalschriften an den Tag ²¹².

-
- damit auch die Konstanz der Handschrift - doch grösser ist, als angenommen worden war. Er warnt deshalb vor leichtfertiger Annahme einer Pausfälschung, auch wenn Deckungsgleichheit festgestellt werden kann (277 f).
- 210 WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 85 f
MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 137 f, der aber vor Generalisierungen warnt.
- 211 LAMP'L, Zur Bewertung der Deckungsgleichheit, insbes. von Unterschriften, ZfM 42 (1978) 277
WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 35
PFANNE, Schriftexpertise, 92
- 212 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 133, 137

B FREIHANDFÄLSCHUNGEN

Die Freihandfälschungen sind das eigentliche Arbeitsgebiet der Schriftvergleichung. Alle vorgenannten Untersuchungen der schriftvergleichenden Grundlagenforschung versuchen, mittels mehr oder weniger zuverlässiger Fälschungsindizien, eine Fälschung nachzuweisen ²¹³.

I. LANGSAM NACHGESCHRIEBENE, GEMALTE FREIHANDFÄLSCHUNGEN

Für die langsam geschriebenen Freihandfälschungen gilt vieles, was vorher für die Pausfälschungen ausgeführt wurde. Im einzelnen sind folgende Merkmale zu finden ²¹⁴:

- "Verminderung oder Zerbrechen der Strichspannung; der Strich weist keine oder eine herabgesetzte Elastizität auf.
- Vermehrte Strichstörungen in Form von Verunsicherungen und fein ausschlagenden Verzitterungen.
- Störungen im Rhythmus des Druckverlaufs; häufig monotone, zuweilen auch eigentümlich arhythmische Druckgebung.
- Unorganische Unterbrechungen des Bewegungsflusses; Absetzen oder Anhalten (sog. 'Haltepunkte') des Schreibgerätes an hierfür ungewöhnlichen Stellen des Schreibvollzuges.
- Kaschieren von solchen Unterbrechungen durch 'Anflickungen' oder sorgsam angeführten Retuschen.
- Sonstige sorgfältig ausgeführte Formkorrekturen und Nachziehungen.
- In der Form richtige, in der Bewegungsabfolge bzw. -richtung jedoch falsche Wiedergabe von Schriftelementen", - d.h. sog. "Bewegungsinkonsequenzen" im Sinne Pfannes ²¹⁵.

WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 35

PFANNE, Schriftexpertise, 92

213 Von den älteren Autoren, die noch behaupteten, es gebe zwingende, objektive Fälschkungskriterien, sei nur LOCARD, Traité de Criminalistique V, 214 ff, erwähnt, da er hinsichtlich der Befunderhebung wegweisend war. Sein 'Fehler' bestand darin, dass er glaubte, die Resultate seien absolut sicher.

214 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 139

215 PFANNE, Schriftexpertise, 92 f

II. ZÜGIG GESCHRIEBENE FREIHANDFÄLSCHUNGEN

Diese Kategorie von Fälschungen ist am schwierigsten zu erkennen, da es dem Fälscher nicht in erster Linie auf Formtreue ankommt, sondern auf einen natürlichen, mit einer gewissen Geschwindigkeit hergestellten Schriftzug ²¹⁶. Pfanne ²¹⁷ spricht sogar von der Unmöglichkeit, in bestimmten Fällen eine gut gelungene Freihandfälschung zu erkennen.

Für die Freihandfälschung gilt nun ganz besonders, dass der "Widerspruch von Form und Bewegung" ²¹⁸ oder, in der Terminologie Conrads, die Merkmale "Druckverlauf, Strichbeschaffenheit und Bewegungsführung" ²¹⁹ für die Identifizierung einer Fälschung die entscheidenden Anhaltspunkte liefern. Vereinfachend gesagt: Eine durch Freihandfälschung hergestellte Unterschrift kann dadurch erkannt werden, dass sie die Form der echten, aber den Bewegungsfluss der Schrift des Fälschers aufweist. Anhand dieser Inkonsequenz von Form und Bewegung ist es möglich, eine Fälschung zu entlarven.

Zusätzlich können unmotivierte Haltepunkte, Anflickungen, 'falsche' Neigungswinkel und veränderte Grössen- und Weitenproportionen auftreten ²²⁰.

C SCHRIFTVERSTELLUNG

I. VERSTELLUNGSTAKTIKEN

Michel ²²¹ kommt aufgrund seiner eigenen empirischen Arbeit und den Erkenntnissen Pfannes ²²² zum Schluss, dass folgende Verstellungstaktiken am häufigsten auftreten ²²³:

-
- | | |
|-----|---|
| 216 | WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 48 |
| 217 | PFANNE, Schriftexpertise, 86 |
| | Ebenso LOCARD, Traité de Criminalistique V, 179 |
| 218 | PFANNE, Schriftexpertise, 92 |
| 219 | CONRAD, Unterschriftenfälschungen, 203 |
| 220 | MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 145 f |
| 221 | MICHEL, Verstellung der eigenen Unterschrift, AfK 154 (1974) 43-53; 65-76 |
| | MICHEL, Schriftverstellung bei Unterschriftenleistungen, ZfM 39 (1975) 59 ff, mit detaillierteren Angaben |
| 222 | PFANNE, Handschriftenvergleichung, 65-88, wo er seine grossangelegte empirische Untersuchung erläutert. |
| 223 | MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 121 ff |
| | Ähnlich auch WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 57 |

- "Stärkere Anlehnung an die Schulform
- Veränderung einzelner Buchstabenformen
- Wechsel des Schriftsystems (deutsche/lateinische Schrift; Druck/Kurrentschrift)
- Veränderung des Neigungswinkels
- Enthemmung des Schreibvollzuges im Sinne einer nachlässigeren, unleserlichen Schreibweise
- Verunsicherung und Störung der Schreibbewegung."

In diesen letzten Fällen kann eine Schriftverstellung mit einer Nachahmungsfälschung verwechselt werden, wobei meist zu Unrecht eine Fälschung diagnostiziert wird.

II. ERKENNBARKEIT DER SCHRIFTVERSTELLUNG

Trotz aller oben dargelegten Formabweichungen 'verrät' sich der Schriftversteller letztlich an den bewegungsphysiologischen Elementen Druckverlauf, Strichbeschaffenheit und Bewegungsführung, die entweder mit denjenigen der unverstellten Unterschriften des Namensträgers identisch sind, oder, falls auch in diesem Bereich eine Veränderung versucht wird, diese daran zu erkennen ist, dass sie übertrieben wirkt ²²⁴. Deshalb unterscheidet Baier Schriftverstellungen, die noch 'normal' aussehen müssen und völlig frei zu gestaltende ²²⁵.

D FAZIT UND ZUSAMMENFASSUNG

Bevor im nächsten Paragraphen Zusatzprobleme behandelt werden, die einerseits Fälle betreffen, die einem potentiellen Fälscher die Arbeitsbedingungen erschweren, andererseits solche, die einem Schriftexperten zusätzliche Schwierigkeiten auferlegen, ist zunächst folgende Erkenntnis vereinfachend festzuhalten ²²⁶:

Bei Fälschungen jeglicher Art wird versucht, die Formen der die Unterschrift kennzeichnenden Buchstaben möglichst getreu nachzubilden, was je nach Fälschungsart und -geschick mehr oder weniger gut gelingt, so dass äusserlich

224 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 124 f
225 BAIER, Schreibdruckmessungen, 58 ff, 60
226 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 125

eine die Form der echten Unterschrift wiedergebende Unterschrift hergestellt wird. Andererseits ist es fast unmöglich, die Feinstruktur der echten Unterschrift, die sich aus der individuellen Motorik ergibt, richtig zu treffen.

Bei der Schriftverstellung liegt die Erkennbarkeit gerade in der entgegengesetzten Situation. Der Namensträger verändert willentlich die äussere Erscheinungsform der Unterschrift, aber die Merkmale der ihm eigenen Feinstruktur der Schrift bleiben erhalten.

In beiden Fällen sind es also die bewegungsphysiologischen Eigenarten des Schreibers, die ihn identifizieren lassen ²²⁷.

E TECHNISCHE UNTERSCHRIFTENPRÜFUNG

Neben der Unterschriftenprüfung durch Schriftexperten sind technische Ueberprüfungsmöglichkeiten gefragt, die ermöglichen sollen, von vornherein und unter geringerem Aufwand Fälschungen zu erkennen.

I. OPTISCHE UNTERSCHRIFTENPRÜFUNG

Bereits heute sind Systeme üblich und im Bankbetrieb eingesetzt, die es erlauben, die Muster-Unterschriften auf dem Bildschirm sichtbar zu machen, um so dem zuständigen Bankangestellten rasch eine Kontrollmöglichkeit über die Echtheit einer Unterschrift zu verschaffen. Der Nachteil, bzw. die Grenzen dieser Systeme liegen darin, dass sie lediglich eine **optische** Ueberprüfung ermöglichen, was aufgrund der schriftvergleichenden Erkenntnisse i.d.R. nicht ausreicht, um eine Fälschung einigermaßen zuverlässig zu erkennen ²²⁸.

Wie auf Anfrage bei der IBM bestätigt wurde ²²⁹, sind von dieser Firma bis heute nur Geräte kommerziell erhältlich, die eine solche rein optische Ueberprüfung vornehmen.

227 CONRAD, Unterschriftsfälschungen, 203

228 BAIER, Schreibdruckmessungen, 9, 208

Beispielsweise die Geräte von IBM, vorgestellt, in: Computer persönlich vom 8.1.1986 und von Siemens, in: Schweizerische Handelszeitung vom 25.9.1986

229 Vgl. auch die Auseinandersetzung mit dem Telecheck, in BGE 111 II 268 f
Telephongespräch vom 13.5.1987 mit Herrn Salathé, Marketing-Chef der IBM, Zürich

II. DIFFERENZIERTERE GERÄTE

Die Bestrebungen nach einer zuverlässigeren, den schriftvergleichenden Erkenntnissen angemesseneren Ueberprüfungsweise führen dazu - wie auch von der IBM bestätigt wurde -, dass auf dem Prinzip des sog. Druckwandlers weitergeforscht wird.

Das Prinzip dieser bis heute nur forschungsmässig einsetzbaren Geräte besteht darin, den Schriftdruck, insbes. den Druckverlauf, abzutasten - ähnlich einer herkömmlichen Grammophon-Nadel - und die so ermittelten Daten mit den Werten der echten, im Computer gespeicherten Musterunterschriften zu vergleichen ²³⁰.

Wie bei der Kriminalpolizei Zürich von Herrn Wäschle anlässlich des Interviews dargelegt wurde, sind diese Systeme bedeutend weniger brauchbar als zunächst angenommen wurde, da die Untersuchung mitbeeinflussenden Zusatzfaktoren, wie Papierveränderungen infolge der Lagerung, unüberwindbare Schwierigkeiten bereiten. S.E. sind technische Geräte nur zur Erkennung von Pausfälschungen sinnvoll einsetzbar.

III. WEITERE MITTEL ZUR IDENTITÄTSPRÜFUNG

Obwohl technisch noch nicht verfügbar, werden andere, z.T. kombinierbare Identitätsprüfungsverfahren erforscht und entwickelt, wobei das Hauptinteresse im Augenblick noch in der strafrechtlichen oder staatssicherheitsdienstlichen Anwendung liegt. V.a. Fingerabdruck ²³¹, Stimmprüfungs- und Pupillenmessverfahren ²³² werden auf ihre Zweckmässigkeit hin untersucht ²³³.

²³⁰ Vgl. die Systembeschreibungen bei BAIER/TEDER, Verisign II, MHfS 8 (1982) 161 ff BAIER, MASYS, MHfS 8 (1982) 97 ff

²³¹ Der Fingerabdruck wird selbstverständlich schon seit langem kriminaltechnisch eingesetzt. Zur Diskussion steht der Ersatz der Unterschrift durch Fingerabdruck im Rechts- und Verkehrsleben, was nach Wäschle mit Abstand das sicherste Verfahren darstellen würde, kann doch auch ein Fingerabdruck mit dem Oberflächenprüfgerät, allerdings nur wenige Tage lang, sichtbar gemacht werden.

²³² Gemäss Auskunft IBM
Vgl. die Beschreibung eines Gerätes, das die Netzhaut abtastet und anhand der Blutgefässstruktur eine Identifizierung vornehmen kann, in NZZ vom 27.5.1987 (Forschungsbeilage).

²³³ Vgl. auch die Beschreibung der Systeme und ihrer Problematik in der Forschungsbeilage der NZZ vom 20.5.1987 anlässlich der Technobank 87 - Ausstellung in Genf.

§ 8 UMSTÄNDE BEI DER FÄLSCHUNG EINER UNTERSCHRIFT, DIE DIE SCHRIFTVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG ERLEICHTERN, BZW. ERSCHWEREN

A ERLEICHTERUNGEN FÜR DEN SCHRIFTEXPERTEN = ERSCHWERUNGEN FÜR DEN FÄLSCHER

I. NATÜRLICHKEIT DER UNTERSCHRIFT

Indem eine Unterschrift noch irgendwie natürlich aussehen sollte, um nicht von vornherein als verdächtig aufzufallen, steht insbes. der Schriftversteller vor der Aufgabe, die Verstellung so zu gestalten, dass die Natürlichkeit der Unterschrift gewahrt bleibt ²³⁴. Auch in den selteneren Fällen der Fälschung ohne Nachahmungsabsicht kann dieses Problem aktuell werden ²³⁵.

II. BEKANNTHEIT DER ECHTEN UNTERSCHRIFT BEIM EMPFÄNGER

Muss mit der Bekanntheit und/oder Ueberprüfbarkeit der Unterschrift durch den Empfänger gerechnet werden, ergeben sich für Fälscher wie für Schriftversteller erhöhte Schwierigkeiten:

Während ersterer die Formtreue durch langsames Schreiben erreichen will, womit er sich notwendigerweise verrät, muss letzterer darauf bedacht sein, dass der verstellte Schriftzug beinahe noch innerhalb der intraindividuellen Schwankungsbreite eingeordnet werden kann ²³⁶.

III. UNTERSCHRIFTSLEISTUNG IN ANWESENHEIT DES EMPFÄNGERS

Muss die Unterschrift in Anwesenheit des Empfängers geleistet werden, scheidet die Möglichkeit einer Pausfälschung und einer langsam geschriebenen Freihandfälschung von vornherein aus, während zügige Freihandfälschungen

²³⁴ MICHEL, Schriftverstellung bei Unterschriftsleistungen, ZfM 39 (1975) 55
²³⁵ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 119
²³⁶ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 147
²³⁶ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 119, 129

und Schriftverstellungen erheblich erschwert werden, zumal häufig zusätzlich eine Ueberprüfungsmöglichkeit des Empfängers gegeben ist ²³⁷.

B ERSCHWERENDE UMSTÄNDE FÜR DEN SCHRIFTEXPERTEN = ERLEICHTERUNGEN FÜR DEN FÄLSCHER

I. SCHLECHTES VERGLEICHSMATERIAL

Besonders bei den zügig geschriebenen Freihandfälschungen ist nur anhand umfangreichen Vergleichsmaterials zu erkennen, ob der Namenszug noch innerhalb der intraindividuellen Schwankungsbreite liegt oder nicht.

II. SCHRIFTSTÖRUNGEN

1. Innere

Krankheitsbedingte oder psychische Schriftstörungen jeglicher Art, die eine Veränderung der echten Unterschrift nach sich ziehen, erschweren die Arbeit des Schriftexperten, dies v.a. dann, wenn ihm solche nicht mitgeteilt werden ²³⁸.

2. Aeussere

Auch Unterschriften, die unter erschwerten äusseren Umständen, wie Schreiben mit der falschen Hand, im Stehen, ohne Unterlage, ohne Brille, im

²³⁷ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 119, 128 f

²³⁸ Vgl. die verschiedenen Studien zu alters- und krankheitsbedingten Schriftstörungen: Z.B. SUCHENWIRTH, Neurologie und Pathologie des Schreibens, ZfM 45 (1981) 114-137, und die umfangreiche Literatur zu den Testamentsfälschungen:

Vgl. statt vieler BREITSCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, Nr. 350, Nr. 370, Nr. 535

PFANNE, Schriftexpertise, 22 f, 28 f

Aber auch die Studien, die sich mit den Einwirkungen von Alkohol, Drogen und Medikamenten auf die Schrift befassen. Vgl. die Zusammenstellung der Einzelstudien bei MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 49-57

BAIER, Schreibdruckmessungen, 47 ff, der in seiner Untersuchung v.a. auf den Einfluss von Alkohol eingeht.

Zug, in der Kälte etc. ²³⁹ entstanden sind, geben zu besonderen Schwierigkeiten Anlass, fallen doch echte Unterschriften, die unter solchen Bedingungen geleistet werden, nicht mehr unter die normale intraindividuelle Schwankungsbreite ²⁴⁰.

Aus diesen Gründen ist es für den Schriftexperten wichtig, dass er über alle Umstände der Entstehung einer fraglichen Unterschrift aufgeklärt wird.

III. UMSTÄNDE, DIE IN DER INDIVIDUELLEN ZEICHNUNGSWEISE LIEGEN

1. Grosse intraindividuelle Schwankungsbreite

Je grösser die intraindividuelle Schwankungsbreite der echten Unterschrift ist, desto eher fällt eine Fälschung noch in den Bereich der möglichen echten Unterschriften. Diese Gefahr besteht besonders dann, wenn das Vergleichsmaterial wenig umfangreich ist ²⁴¹.

2. Kurzer Name

Je kürzer eine Buchstabenfolge ist, desto leichter ist sie zu fälschen. Deshalb sollte bei kurzen Nachnamen zusätzlich mit dem Vornamen unterschrieben werden ²⁴².

3. Natürliche Aehnlichkeit der zu fälschenden Unterschrift mit derjenigen des Fälschers

Je ähnlicher die bewegungsphysiologischen Merkmale der zu fälschenden Unterschrift mit der 'normalen' Schrift des Fälschers sind, desto leichter wird die Fälschung herzustellen sein, muss doch dann der Fälscher nur noch die äussere Form mehr oder weniger gut treffen ²⁴³.

239 WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 93
240 Vgl. die Tabellen bei MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 47 f
241 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 126
242 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 126
243 MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 128

4. Beschaffenheit der einzelnen graphischen Grundkomponenten

Michel ²⁴⁴ gibt eine Uebersicht über schwerer und leichter zu fälschende Schriftmerkmale. Leichter zu fälschen, sind Schriften, die folgende Merkmale aufweisen:

- "Schlaffer, diffuser, unsicherer, unelastischer Strichablauf
- Monotone Druckgebung
- Niedrige Strichgeschwindigkeit
- Niedriger Verbundenheitsgrad
- Zu schulförmige oder zu stark vereinfachte ²⁴⁵ Unterschriften
- Eindimensionale Bewegungsrichtung"

IV. VORHERIGE EINÜBUNGSMÖGLICHKEIT

Fälschungs- und Verstellungserfolg hängen davon ab, ob der Ausführende vorher den Namenszug einüben konnte und zusätzlich, ob das entscheidende Schreibprodukt nur einmal geleistet werden kann, evtl. sogar in vorgegebenen Raumverhältnissen, oder ob der Schreiber aus einer Vielzahl von Proben die beste auswählen kann ²⁴⁶.

V. FÄLSCHUNGSTALENT

Ohne dass es empirisch bestätigt werden konnte, ist festgestellt worden, dass es, wenn auch selten, ausgesprochene Fälschungstalente gibt ²⁴⁷, die sich dadurch auszeichnen, dass sie eine gute Beobachtungsgabe und Konzentrationsfähigkeit haben, die graphischen Eigentümlichkeiten 'speichern' und diese gespeicherten Eigentümlichkeiten graphomotorisch umsetzen können ²⁴⁸. U.U. kann in einem solchen Fall eine Fälschung nicht erkannt werden.

²⁴⁴ So auch HALDER-SINN, Die Güte der Schriftnachahmung, MHfS 12 (1986) 60
²⁴⁵ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 127
²⁴⁶ MICHEL, Anforderungen an die eigenhändige Unterschrift, MHfS 10 (1984) 208
²⁴⁷ MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 120, 128 f
Von einem solchen berichtet PFÄNNE, Schriftexpertise, Anm. 77
Ebenso HALDER-SINN, Die Güte der Schriftnachahmung, MHfS 12 (1986) 49
²⁴⁸ WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 50
PFÄNNE, Schriftexpertise, 86
MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 128

VI. SCHREIBMITTEL

Da die Schriftvergleichung in jedem Fall ihre Untersuchung anhand der feinmotorischen Ausprägungen der Schrift vornimmt, ist es offensichtlich, dass Schreibwerkzeuge, die die feinmotorischen Ausprägungen nicht erkennen lassen²⁴⁹, Fälschungen eher ermöglichen als solche, die, wie die Feder, Druckverlauf und Strichbeschaffenheit hervortreten lassen²⁵⁰.

Heute gilt dementsprechend der Füllfederhalter, insbes. der eigene, als fälschungssicherstes Schreibinstrument²⁵¹.

§ 9 MÖGLICHKEITEN DER VERMEIDUNG VON FÄLSCHUNGEN AUFGRUND DER ERKENNTNISSE DER SCHRIFTVERGLEICHUNG

Aufgrund der theoretischen und praktischen Ergebnisse der schriftvergleichenden Untersuchungen können einige augenfällige Bedingungen aufgestellt werden, die vorweg und ohne grossen Aufwand geeignet sind, Fälschungen zu vermeiden.

A ERSCHWERTE ARBEITSBEDINGUNGEN FÜR POTENTIELLE FÄLSCHER

Es sind dies:

- Unterschriftsleistung in Anwesenheit des Empfängers.
- Hinterlegung mehrerer Unterschriftsmuster beim Empfänger, so dass eine, evtl. auch nur oberflächliche, Ueberprüfung vorgenommen werden kann.

249 Die grössten Schwierigkeiten ergeben sich bei Filz- und Faserschreiber. Bei Kugelschreiberschriften ist eine Identifizierung eher möglich.

250 So die Ausführungen der älteren Literatur, die zwar bezüglich der Feder an praktischer Bedeutung verloren haben:

WEDER, Schriftexpertise im Strafprozess, 35

PFANNE, Schriftexpertise, 41

251 LOCARD, Traité de Criminalistique V, 126, für die Pausfälschung

MICHEL, Gerichtliche Schriftvergleichung, 127

MICHEL, Comeback des Füllfederhalters, MHfS 12 (1986) 137

B MINDESTANFORDERUNGEN AN DIE UNTERSCHRIFT SELBST

Eine Unterschrift sollte wie folgt aussehen:

- Jede (wichtigere) Unterschrift sollte mit Vor- und Nachnamen geleistet werden.
- Eine Unterschrift sollte zügig mit prägenden, individuellen Eigentümlichkeiten versehen sein, so dass sie sich einerseits genügend von der Schulvorlage abhebt, andererseits einigermaßen leserlich bleibt. Völlig unleserliche Unterschriften sind, v.a. wenn die Unleserlichkeit auf extreme Vereinfachung zurückzuführen ist, leichter zu fälschen.

C FÄLSCHUNGSSICHERERES SCHREIBMATERIAL

Unterschriften sollten nur mit dem **eigenen** Füllfederhalter geleistet werden, einerseits zur Qualitätsverbesserung des Vergleichsmaterials, andererseits zur zuverlässigeren Bestimmung der feinmotorischen Individualität.

2. KAPITEL DIE UNTERSCHRIFTENFÄLSCHUNG AUS JURISTISCHER SICHT

In diesem Kapitel werden die Rechtsfolgen einer im Sinne der vorherigen Ausführungen bewiesenen Unterschriftenfälschung dargelegt, wobei das Hauptgewicht auf der zivilrechtlichen Erörterung liegt.

§ 10 STRAFRECHTLICHE ERFASSUNG DER FÄLSCHUNG

A STRAFTATBESTAND

Sofern eine Urkunde im Sinne von StGB 110 Ziff. 5 gegeben ist ²⁵², ist deren Fälschung, Verfälschung oder die Falschbeurkundung von Tatsachen strafbar, sofern der Täter, in der Absicht jemandem einen Vermögensschaden zuzufügen, sich oder einen andern durch die Fälschung unrechtmässig bereichert (StGB 251).

Die weiteren Strafbestimmungen des elften Titels 'Urkundenfälschung' (StGB 251-257) regeln spezielle Tatbestände des Urkundenschutzes, die für diese Untersuchung nicht von Bedeutung sind.

B RATIO LEGIS

Die Urkundenfälschung ist ein Delikt gegen die Gemeininteressen. Geschützt ist das Vertrauen des Rechtsverkehrs, der Allgemeinheit, in die Echtheit einer Urkunde, in die richtige Beurkundung eines bestimmten Sachverhaltes und in die Verwendung einer echten Urkunde ²⁵³. "Primär ist tatsächlich die Sicherheit und Verlässlichkeit des Beweises mit Urkunden geschützt." ²⁵⁴

²⁵² Zur Urkundendiskussion vgl. vorne die Ausführungen in Teil 1, Kapitel 1, § 1 C, S. 5 ff
²⁵³ STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 176 ff, 186 f
WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 92 ff
²⁵⁴ SCHERER, Strafbare Formen falscher schriftlicher Erklärungen, 15 f
WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 71
Vgl. auch BGE 101 IV 279

C UNTERSCHRIFTENFÄLSCHUNG ALS TATBESTANDSVARIANTE DER URKUNDENFÄLSCHUNG

I. IDENTITÄTSTÄUSCHUNG DURCH UNTERSCHRIFTENFÄLSCHUNG

Von den in StGB 251 zur Diskussion stehenden Tatbestandsvarianten der Urkundenfälschung ist im Falle der Unterschriftenfälschung die 'klassische' Urkundenfälschung im engsten Sinne gegeben ²⁵⁵.

Das Fälschen einer Urkunde, d.h. das Herstellen einer unechten Urkunde, hat gerade zum Zweck, über den wahren Aussteller zu täuschen, in dem Sinn, als zwischen dem durch die Urkunde ausgewiesenen Aussteller und dem Namens-träger keine Identität besteht. Da diese Identität gerade durch die Unterschrift bewiesen werden soll ²⁵⁶, liegt im Falle der Fälschung dieser die Identitätstäuschungsabsicht grundsätzlich offen zu Tage.

II. ERMITTLUNG DES WAHREN AUSSTELLERS NACH DER SOG. GEISTIGKEITSTHEORIE

Folgt man der in der Schweiz ²⁵⁷ wie in Deutschland ²⁵⁸ vorherrschenden Geistigkeitstheorie, so ist unter dem Aussteller einer Urkunde der inhaltlich, materiell hinter dem verkündeten Inhalt stehende Garant der Erklärung zu verstehen ²⁵⁹. Dies hat zur Folge, dass, zumindest bei Urkunden des

²⁵⁵ BGE 75 IV 166 ff, 168: "Art. 251 Ziff. 1 stellt jedoch nicht nur die Falschbeurkundung unter Strafe, sondern in erster Linie die Urkundenfälschung im engeren Sinne (materielle Fälschung). Eine solche begeht, wer eine Urkunde mit einer falschen Unterschrift versieht, um den Schein zu erwecken, die mit der Unterschrift bezeichnete Person habe unterschrieben. Wer das tut, täuscht damit vor, die Urkunde stamme von einer Person, von der sie in Wirklichkeit nicht stammt."

STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 170

WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 81

SCHERER, Strafbare Formen falscher schriftlicher Erklärungen, 15

BGE 102 IV 193

²⁵⁶ WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 81, 83

BGE 102 IV 193

So die herrschende deutsche Lehre, von der diese Auslegung rezipiert wurde, vgl. JZ 1985, 689 f

²⁵⁷ STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 170

WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 81 f

²⁵⁸ KIENAPFEL, Urkunden im Strafrecht, 219 ff

²⁵⁹ Die andere Lehrmeinung, die die Körperlichkeitstheorie vertritt, versteht unter dem Aussteller den konkreten Ausfertiger der Urkunde, was in der heutigen arbeitsteiligen

privatrechtlichen Rechtsverkehrs, die aus der Sicht des Privatrechts nicht strikte eigenhändige Abfassung verlangen ²⁶⁰, die Urkunde lediglich so verfasst werden muss, dass aus ihr, resp. aus der Unterschrift, der materielle, inhaltlich hinter der Erklärung stehende Aussteller erkennbar sein muss ²⁶¹.

Unbestrittenermassen besteht nun die Fälschung der Urkunde darin, dass über die Identität dieses materiellen Ausstellers getäuscht wird, wobei im umstrittenen Fall der Stellvertretung in Form der direkten Unterzeichnung durch den Vertreter mit dem Namen des Vertretenen trotz der Allographie **keine** Urkundenfälschung vorliegt, sofern trotz des Gebrauchs eines fremden Namens keine Täuschungsabsicht gegeben ist und der wahre Aussteller erkennbar bleibt ²⁶².

Lediglich die Namensanmassung, d.h. der u.U. sogar mit Einwilligung des Namensträgers erfolgte Gebrauch eines fremden Namens, führt zur Identitätstäuschung und damit zur Urkundenfälschung, da nur eine gleichzeitige Täuschung des Rechtsverkehrs eine Urkundenfälschung i.S. des Gesetzes bewirkt ²⁶³.

III. ZUSAMMENFASSUNG

Zusammenfassend kann gesagt werden: Eine Urkundenfälschung begangen durch Unterschriftenfälschung liegt, sofern die übrigen Tatbestandsmerkmale gegeben sind, immer dann vor, wenn durch die Verwendung des fremden Namens zugleich eine Täuschung über die Identität des hinter der Erklärung stehenden Ausstellers, somit eine Täuschung des Rechtsverkehrs ²⁶⁴, erreicht wird, womit aber noch nichts über die zivilrechtlichen Folgen solchen Handelns entschieden ist.

-
- 260 Welt der Realität nicht mehr gerecht wird.
Vgl. die spezielle Problematik im Zusammenhang mit dem eigenhändigen Testament im schriftvergleichenden Teil und bei STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 171
- 261 STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 170
- 262 WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 81
BGE 102 IV 193
STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 171
WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen, Z 99 (1982) 81
- 263 STRATENWERTH, Strafrecht bes. Teil II, 171
- 264 BGE 112 IV 82 ff

§ 11 ZIVILRECHTLICHE ERFASSUNG DER FÄLSCHUNG

A VORBEMERKUNGEN

Bei einer grundsätzlichen, unvoreingenommenen Betrachtung der ganzen Fälschungsproblematik wird sofort ersichtlich, dass Unterschriftenfälschungen einerseits bei der Vertragsentstehung, andererseits bei der Vertragserfüllung auftreten können, in jedem Fall aber im Zusammenhang mit dem ganzen Fragenkomplex um die rechtsgeschäftliche Willenserklärung ²⁶⁵.

Die Beziehung Bank - Kunde, für die die ganze Fälschungsproblematik letztlich untersucht werden soll, stellt in diesem Zusammenhang ein wie auch immer konkret zu bestimmendes Vertragsverhältnis dar, das den allgemeinen Vorschriften von OR 1 ff untersteht.

Methodisch ist deshalb zunächst die dogmatische Einordnung der Fälschung einer Unterschrift im allgemeinen Vertragsrecht vorzunehmen, um in einem zweiten Schritt auf eventuelle spezielle Konsequenzen für den Vertrag, bzw. die Verträge Bank - Kunde hinweisen zu können.

Da mit der dogmatischen Erarbeitung der Fälschungsfälle und ihrer Beziehung zum Recht der Willenserklärung ein Kernbereich der zivilistischen Dogmatik angeschnitten wird, möchte ich vorweg klarstellen, dass es mir nicht um eine erneute Aufarbeitung des alten Streites Willens- oder Erklärungstheorie geht, sondern dass die dogmatischen Erkenntnisse nur insoweit herangezogen werden sollen, als dadurch eine sauberere Lösung gefunden werden kann, die allerdings in einer späteren Phase der Arbeit (im dritten Teil) auf ihre Praktikabilität hin untersucht werden muss.

²⁶⁵ Vgl. vorne S. 17 die theoretischen Ausführungen zur Funktion der Unterschrift.

B DIE UNTERSCHRIFTENFÄLSCHUNG IM RECHT DER PRIVATRECHTLICHEN WILLENSERKLÄRUNG

I. DEFINITIONEN DER WILLENSERKLÄRUNG

1. Fehlende Definition im Gesetz

Obwohl die Willenserklärung den zentralen Begriff der Rechtsgeschäftslehre ²⁶⁶ bildet - auf der die heutige Vertragsdogmatik fusst -, fehlt im schweizerischen OR ²⁶⁷, wie im deutschen BGB ²⁶⁸, eine Legaldefinition sowohl der Willenserklärung als auch des Rechtsgeschäftes.

Beide Gesetzgeber vertrauten auf die Begriffsbestimmungen, wie sie von den grossen Dogmatikern des 19. Jahrhunderts zum Gemeinen Recht vorgenommen worden sind ²⁶⁹.

Indem der deutsche wie der schweizerische Gesetzgeber diese Begriffsbestimmungen und ihre Konsequenzen ausdrücklich nicht vornahmen, blieb auch die Ende des 19. Jahrhunderts fast zu einem Glaubenskrieg ausgeartete Diskussion um die Frage, ob der Willens- oder der Erklärungstheorie der Vorzug zu geben sei, erhalten, nunmehr unter dem Aspekt, ob die neuen ²⁷⁰ Gesetze das Gedankengut der Willens- oder Erklärungstheorie verkörperten ²⁷¹.

-
- ²⁶⁶ VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 143 ff, insbes. 150
SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 19 f zu OR 1
GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil I, N 113, N 119
FLUME, Allg. Teil des bürgerl. Rechts II, 23 ff, insbes. 25
STAUDINGER/DILCHER, BGB-Kommentar, N 1 ff zu Vorbemerkungen zu §§
116-144 BGB
- ²⁶⁷ Die Begriffe 'Rechtsgeschäft' und, statt 'Willenserklärung', 'Willensäusserung' werden
im ZGB, resp. OR ohne Definition verwendet: vgl. z.B. ZGB 6, 10; OR 1, 33, 34, 35.
- ²⁶⁸ Das BGB definiert diese auch nicht, verwendet den Begriff 'Rechtsgeschäft' als
Ueberschrift für den 3. Abschnitt des 1. Buches, dessen 2. Titel die Ueberschrift 'Wil-
lenserklärung' trägt.
OR und BGB regeln in den Gesetzesbestimmungen nur die pathologischen Fälle der
Willenserklärungen, was der Begriffsbestimmung nicht förderlich ist.
- ²⁶⁹ WINDSCHEID, Wille und Willenserklärung, AcP 63 (1880) 72 ff
WINDSCHEID/KIPP, Pandekten I, §§ 69 ff, 310 ff, mit umfassender Literaturangabe
DERNBURG, Bürgerliches Recht I, §§ 106 f, 326
- ²⁷⁰ In der Schweiz wird schon unter dem aOR die Vertrauentheorie anerkannt, allerdings
meist unter der Bezeichnung Erklärungstheorie.
Vgl. BGE 34 II 528
VON TUHR, Mängel des Vertragsabschlusses, ZSR 15 (1896) 280 f
MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 113 f, der auf die unsaubere Begriffsverwendung
hinweist
- ²⁷¹ Ueber die Entstehungsgeschichte von OR 1 ausführlich OSER/

Gemeinhin wird gesagt, dass das schweizerische OR eher der Erklärungstheorie, allerdings in der vermittelnden Form der Vertrauens Theorie verpflichtet sei, währenddem das deutsche BGB eine gemilderte Willenstheorie zum Ausdruck bringe ²⁷².

Da heute unbestrittenermassen in beiden Rechtsordnungen eine Mischform beider Theorien gelebt wird, hat der Streitpunkt für die meisten Fälle von seiner Brisanz verloren ²⁷³.

Allerdings ist es gerade für die Erfassung der Fälschung - ein Bereich, der im übrigen in den vielen wissenschaftlichen Abhandlungen dieses Rechtsgebietes vielfach übersehen wird - nicht nur von dogmatischem Interesse, welcher 'Schule' der Vorrang gegeben wird.

2. Definitionen durch die Lehre

a) Gemeines Recht

Als repräsentativ für die pandektistische Lehre des 19. Jahrhunderts kann die von Windscheid, gestützt auf Savigny ²⁷⁴, vorgelegte Definition der Willenserklärung gelten: "Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung. Es wird der Wille erklärt, dass eine rechtliche Wirkung eintreten solle, und die Rechtsordnung lässt diese rechtliche Wirkung deswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäftes gewollt ist." ²⁷⁵

Bei einem Auseinanderfallen von (innerem) Willen und kundgegebener Erklärung ist letztere nichtig, da sie "mehr als Mitteilung des Willens [ist], sie ist der Ausdruck des Willens. Sie **ist** der Wille in seiner sinnenfälligen Erscheinung." ²⁷⁶

SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 1-183, N 31 ff zu OR 1, die in N 51 zu OR 1 zum Schluss kommen, dass dem OR weder eine reine Willens- noch eine reine Erklärungstheorie zugrundeliege, sondern, als vermittelnder Kompromiss, die Vertrauens Theorie.

²⁷² MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 141 ff

VON TUHR, Wille im Zivilrecht, ZSR 41 (1922) 259

OFTINGER, Auslegung von Verkehrsgeschäften, ZSR 58 (1939) 189 ff

FLUME, Allg. Teil des bürgerl. Rechts II, § 4, insbes. 56 f, mit umfangreichen Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte des BGB

²⁷³ FLUME, Allg. Teil des bürgerl. Rechts II, 61 f

OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 1-183, N 51 zu OR 1

BGE 105 II 23

²⁷⁴ VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts III, 258

²⁷⁵ WINDSCHEID/KIPP, Pandekten I, 310 f

Umgekehrt tritt für die Vertreter der Erklärungstheorie der (innere) Wille in den Hintergrund. "Der Wille, das Gedankending, kann nie das Bereich des Inneren verlassen. Was nur in der Aussenwelt entgegentritt, ist sozusagen nur ein Abbild, eine Botschaft des Willens. Indes ist die Ungenauigkeit hier nicht grösser als bei dem Urteil: der Wald ist grün, während es sich nur so im Urteilenden spiegelt." ²⁷⁷ Für das Erklärte muss in der Regel eingestanden werden, unabhängig davon, ob sich die Erklärung mit dem wirklichen Willen deckt ²⁷⁸.

b) Geltendes deutsches Recht

Wenn Oser/Schönenberger ²⁷⁹ der Ansicht sind, die Literatur zum BGB und zum Gemeinen Recht habe für die Schweiz nur eine beschränkte Bedeutung, so trifft das gerade für die Rechtsgeschäftslehre nicht zu, gründen doch beide Rechtsordnungen mehr oder weniger stark auf dem pandektistischen Erbe. Deshalb möchte ich den schweizerischen Definitionen der Willenserklärung die m.E. klarer formulierten deutschen voranstellen: "Willenserklärung als Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung." ²⁸⁰

Gemäss Staudinger/Dilcher ist die "Willenserklärung das rechtstechnische Mittel, dem rechtsgeschäftlichen Willen Geltung zu verschaffen und seine Verwirklichung zu ermöglichen." ²⁸¹

Der Tatbestand der Willenserklärung wird von der herrschenden Lehre aufgeteilt in den objektiven Erklärungsvorgang und auf der subjektiven Seite in die - im einzelnen umstrittenen - Handlungs-, Erklärungs-, Geschäfts-, und Rechtsfolgewillen ²⁸². Damit wird die prägnante Definition des Gemeinen Rechts - wie sie auch noch in den Motiven zum BGB in Erscheinung tritt ²⁸³ - zugunsten einer funktionalen Betrachtungsweise mindestens teilweise aufgegeben.

Larenz formuliert den gleichen Tatbestand folgendermassen: "Es handelt sich

²⁷⁶ WINDSCHEID, Wille und Willenserklärung, AcP 63 (1880) 77

²⁷⁷ REGELSBERGER, Pandekten I, 493

²⁷⁸ REGELSBERGER, Pandekten I, 512 f

Vgl. auch HOELDER, Pandekten allg. Lehren, 213

²⁷⁹ OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 1-183, N 47 zu OR 1

²⁸⁰ FLUME, Allg. Teil des bürgerl. Rechts II, 52 f

LARENZ, Allg. Teil des bürgerl. Gesetzbuches, 324

²⁸¹ STAUDINGER/DILCHER, BGB-Kommentar, N 1 zu Vorbem. vor §§ 116-144 BGB

²⁸² STAUDINGER/DILCHER, BGB-Kommentar, N 16 zu Vorbem. vor §§ 116-144 BGB

²⁸³ MUGDAN, Materialien zum Bürgerl. Gesetzbuch I, 421 (=Motive I, 126)

bei ihnen [den Willenserklärungen] um zur Kenntnisnahme durch andere bestimmte Äusserungen, durch die der Erklärende zu erkennen gibt, dass eine bestimmte Rechtsfolge - oder ein Komplex von Rechtsfolgen - nach seinem Willen eintreten, gelten solle. Soweit die Rechtsordnung eine derartige Willenserklärung als rechtswirksam anerkennt, wird die in ihr bezeichnete Rechtsfolge gerade durch die Erklärung herbeigeführt." ²⁸⁴

Heute ist in Deutschland die willentheoretisch begründete Auslegung der Willenserklärung stark durch das Vertrauens-, meist Erklärungsprinzip genannt, ergänzt. Neben der 'echten' Willenserklärung wird eine 'normative', durch Auslegung ermittelte, anerkannt: "Es wird heute im Schrifttum und in der Rechtsprechung einhellig anerkannt, dass die Auslegung empfangsbedürftiger Erklärungen mit Rücksicht auf die Verständnismöglichkeit des Empfängers zu erfolgen hat. Dieser hat seinerseits sich in den Grenzen der zumutbaren Sorgfalt zu bemühen, die Meinung des Erklärenden zu erkennen." ²⁸⁵ Damit ist auch der vermeintliche Widerspruch zwischen § 133 BGB und § 157 BGB gelöst, da bei einer echten Willenserklärung der wirkliche Wille zu ermitteln ist, eine normative Willenserklärung aber gemäss § 157 BGB nach Treu und Glauben, objektiv auszulegen ist ²⁸⁶.

Nach Larenz ist die Zurechenbarkeit gegeben, wenn der Erklärende "hätte erkennen können, dass sein Verhalten von anderen so verstanden werden musste. Es ginge zu weit, jemand das Risiko aufzubürden, dass sein Verhalten von andern als eine Willenserklärung gedeutet wird, wenn er selbst mit dieser Deutung überhaupt nicht rechnen konnte, weil ihm die Situation, aus der sie sich (eine) ergibt, nicht bewusst war." ²⁸⁷ Somit ist die Zurechenbarkeit eines Verhaltens als Willenserklärung nur bei vorhandenem Erklärungsbewusstsein gegeben ²⁸⁸.

284 LARENZ, Allg. Teil des bürgerl. Gesetzbuches, 321 f

285 LARENZ, Allg. Teil des bürgerl. Gesetzbuches, 328

286 LARENZ, Allg. Teil des bürgerl. Gesetzbuches, 328 f, 338 ff

287 LARENZ, Allg. Teil des bürgerl. Gesetzbuches, 345

288 Ebenso CANARIS, Vertrauenshaftung, 249, 428, 469

c) Schweizerische Lehre

aa) Begriffsbestimmung

Die Definition der Willenserklärung wird in der schweizerischen Lehre durch das seit dem aOR unbestritten herrschende Vertrauensprinzip²⁸⁹ bestimmt.

Wie Kramer²⁹⁰ richtig bemerkt, führt die Zugrundelegung des Vertrauensprinzips zu einer doppelten Begriffsbestimmung der Willenserklärung:

Eine Willenserklärung liegt einerseits dann vor, wenn eine fehlerfreie "Mitteilung des (inneren) Willens, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis begründet, geändert oder beendet werden soll"²⁹¹, in der Terminologie Kramers eine *finale* Willenserklärung, vorliegt, andererseits aber auch dann, wenn jemandem nach Vertrauensprinzip ein Erklärungsverhalten als Willenserklärung zugerechnet wird, d.h. eine sog. *normative* Willenserklärung begründet wird.

Eine nach Vertrauensprinzip ermittelte Willenserklärung liegt dann vor, wenn (und wie) der Empfänger, als vernünftiger und korrekter Mensch nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, ein bestimmtes Verhalten als Willenserklärung verstehen durfte und musste²⁹².

"Für die Wirkung entscheidend ist der Sinn, welchen der Empfänger, wie die Engländer sagen, als 'reasonable man', d.h. bei Anwendung aller in Vertragsverhandlungen geforderten Sorgfalt, der Erklärung beilegen musste. Im Rechtsstreit

-
- 289 Speziell zur Entstehung und Bedeutung des Vertrauensprinzips in der schweiz. Lehre und Rechtsprechung:
JAEGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, FS Simonius, 145 ff
MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 125 ff
OFTINGER, Auslegung von Verkehrsgeschäften, ZSR 58 (1939) 178 ff
OFTINGER, Ungelesen unterzeichnete Urkunde, FS Simonius, 263 ff
SIMONIUS, Wandlungen der Irrtumslehre, FS Goetzinger, 240 ff
SIMONIUS, Bedeutung des Vertrauensprinzips, Basler Festgabe zum Schweiz. Juri-
stentag, 253 ff
- 290 KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 30 und 37 zu OR 1
Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil I, N 113; N 155
OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, Einf. zu BGE 80 II 30 ff, 46 f
BGE 105 II 25 f
- 291 GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil I, N 113
- 292 Mehr oder weniger konstante Umschreibung durch Rechtsprechung und herrschende
Lehre. Vgl. statt vieler:
BGE 105 II 26
GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil I, N 197
SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 184 zu OR 1
KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 37 zu OR 1

ist also festzustellen, wie der Empfänger die Erklärung verstanden hätte, wenn von ihm alle Umstände richtig gewürdigt worden wären, deren Kenntnis man ihm zumuten konnte." ²⁹³

bb) Die Elemente der Willenserklärung

Gemäss herrschender Lehre besteht eine Willenserklärung aus einem Geschäftswillen, d.h. "dem Willensentschluss des Erklärenden, ein Rechtsverhältnis in bestimmter Weise zu gestalten" ²⁹⁴ und dem Erklärungswillen, den vorher begründeten Geschäftswillen dem Empfänger kundzutun. Kramer ²⁹⁵ führt - in Anlehnung an die deutsche Lehre - als weiteres Element den Handlungswillen an, der darauf gerichtet ist, dass der Erklärende überhaupt etwas tun will ²⁹⁶.

cc) Konsequenzen dieser Begriffsbestimmung

Es ist offensichtlich, dass die von der Lehre vorgenommene Aufspaltung der Willenserklärung in ihre materiellen und formellen Bestandteile von der 'normalen' finalen Willenserklärung ausgeht. Bei einer nach Vertrauensprinzip ermittelten, normativ zugerechneten Willenserklärung wird mindestens eines dieser obgenannten Elemente durch ein zugerechnetes ersetzt ²⁹⁷.

Die nach Vertrauensprinzip vorgenommene Zurechnung eines Verhaltens als Willenserklärung wird dann problematisch, wenn der fehlende Handlungs-, oder, nach anderer Terminologie, Erklärungswille ersetzt wird. Es ist bis heute umstritten, ob der Erklärende - quasi als Mindestvoraussetzung - ein sog. Erklärungsbewusstsein ²⁹⁸ haben muss, oder ob ihm ein äusseres Verhalten, das auf eine

²⁹³ SIMONIUS, Wandlungen der Irrtumslehre, FS Goetzinger, 242

²⁹⁴ GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil I, N 158 f
Im gleichen Sinne VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 158 f

²⁹⁵ KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 32 zu OR 1

²⁹⁶ Eine andere Terminologie, die sachlich keine Vorteile bringt, sondern, weil die gleichen Begriffe anders verwendet werden, eher Verwirrung stiftet, findet sich bei KELLER/SCHOEBI, Vertragsrecht I, 12 f:

Geschäftswille als Wille, der auf den Vertragsinhalt ausgerichtet ist; materieller Erklärungswille als Mitteilung des Geschäftswillens und formeller Erklärungswille als Wille, überhaupt etwas mitteilen zu wollen.

²⁹⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil I, N 193-196

²⁹⁸ MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 209 ff, der zwar eine gewisse Berechtigung für das Verlangen eines Erklärungsbewusstseins anerkennt, letztlich aber darauf verzichten will.

rechtsgeschäftliche Willenserklärung schliessen lässt, lediglich zurechenbar²⁹⁹ sein muss.

"Es kann deshalb auch bei Anwendung der Vertrauens Theorie vorkommen, dass der eine oder der andere oder beide Kontrahenten zunächst glauben, ein Vertrag sei abgeschlossen, und erst nachträglich bei der Auslegung ein Dissens zutage tritt. Es stellt sich sogar möglicherweise heraus, was allerdings die Praxis kaum je beschäftigt, dass nur der Schein einer Erklärung vorliegt, welcher dem Erklärenden nicht zuzurechnen ist; denn die Absicht, etwas mitzuteilen, ist auch nach der Vertrauens Theorie Voraussetzung jeder Wirkung. Es muss, wie das Bundesgericht [BGE 41 II 446] sagt, das 'Bewusstsein' bestehen, 'etwas zu genehmigen.'" ³⁰⁰

Bei einer strikten Anwendung des Vertrauensprinzips sollte es auf das fehlende Erklärungsbewusstsein nicht ankommen dürfen ³⁰¹, doch zeigt die Diskussion, dass der Vertrauensschutz des Empfängers nicht allein massgebend ist. Besonders diejenigen Autoren, die zurecht betonen, dass durch das Vertrauensprinzip Empfänger **und** Erklärender geschützt werden ³⁰², müssen konsequenterweise mindestens am Erfordernis der Zurechenbarkeit eines Erklärungsverhaltens i.S.v. von Tuhr/Peter ³⁰³ festhalten.

VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 159, unterscheiden m. E. richtig: Liegt eine Mitteilung irgendwelcher Art vor, die der Empfänger als Willenserklärung verstehen durfte, liegt ein Erklärungsbewusstsein, bzw. eine zugerechnete Willenserklärung vor; fehlt dem 'Erklärenden' jedwche Absicht, kann das Vertrauen des Empfängers auch keine solche kreieren.

Im gleichen Sinne auch die ältere Rechtsprechung: BGE 34 II 528: "... wenn nur, ..., eine Kundgebung mit dem Zwecke der Erklärung gegenüber dem Gegner vorliegt und keine scheinbare Aeusserung."

BGE 47 II 311

299 LARENZ, Allg. Teil des bürgerl. Gesetzbuches, 343 ff, 345: "Soweit die Auslegung der Willenserklärung, mit Rücksicht auf das Vertrauensinteresse des von ihr Angesprochenen, eine objektive und normative ist, sollte dies auch für die Auslegung eines Verhaltens **als** eine Willenserklärung gelten."

300 SIMONIUS, Wandlungen der Irrtumslehre, FS Goetzinger, 243

301 KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 50 zu OR 1

302 MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 89

Vgl. auch BUCHER, OR Allg. Teil, 105, der von einer Modifikation des Vertrauensprinzips, das er dem Erklärungsprinzip praktisch gleichsetzt, in Richtung Willenstheorie spricht.

303 Vgl. vorher Fussnote 298

dd) Kritik am methodischen Vorgehen

Solange lediglich der Begriff ³⁰⁴ der Willenserklärung zur Diskussion steht, ist die Kritik Jäggis ³⁰⁵, bzw. in Deutschland diejenige Flumes ³⁰⁶, bezüglich der unsauberen Methode der Anhänger der Vertrauens Theorie berechtigt, nämlich, dass das Vertrauensprinzip schon für die Begriffsbestimmung, die wertfrei erfolgen sollte, eine Wertung vornimmt, bzw. per definitionem vornehmen muss:

"Bei der Begriffsfrage geht es darum, den Begriff der Willenserklärung ... richtig zu erfassen. Ausschliesslicher Gegenstand der Begriffsbildung ist die mängelfreie Willenserklärung. Denn dieser Tatbestand - und nur er - wird vom gesamten Vertragsrecht als Idealtatbestand vorausgesetzt: Durch den erklärten Willen ... sollen die zwischenmenschlichen Verhältnisse gestaltet werden ... Auf den Ideal- und Normaltatbestand stellt nun die Willenstheorie ab, indem sie den Tatbestand der Willenserklärung als 'Wesenseinheit' bezeichnet und annimmt, 'Wille' und 'Erklärung' seien schon 'ihrem Wesen nach als verbunden zu denken'. Insofern befindet sich die Willenstheorie im Recht: Jedes Auseinanderfallen von 'Wille' und 'Erklärung' stellt einen Fehltatbestand dar, der im **Begriff** der Willenserklärung keinen Platz hat. Zu Unrecht versucht demgegenüber die Vertrauens Theorie den Begriff der Willenserklärung so zu fassen, dass er auch das einbezieht, was dem Empfänger in guten Treuen als Willenserklärung oder Vertrag erscheint ...; dadurch wird die Begriffsfrage mit der Wertungsfrage vermengt."

307

304 Damit ist nichts über die Nützlichkeit des Vertrauensprinzips ausgesagt, wenn abgeklärt werden muss, wer letztlich wofür einzustehen hat, d.h. bei der Wertungsfrage.

305 SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 185 ff zu OR 1

306 FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, FS zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 175 f

FLUME, Rechtsgeschäft und rechtlich relevantes Verhalten, AcP 161 (1962) 52 f, 56, 58 f

307 SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 185 zu OR 1

II. QUALIFIKATION DER FÄLSCHUNG

1. Keine Willenserklärung seitens des Namensträgers

a) Qualifikation aufgrund des Begriffes der Willenserklärung

Wie vorne ³⁰⁸ ausgeführt wurde, besteht die Funktion der Unterschrift neben der Identifikation des Ausstellers in der Rekognition des verkündeten Inhalts: "Bei den schriftlichen ³⁰⁹ Erklärungen unterscheidet man den Text und die Unterschrift, durch deren Beifügung nach unseren Verkehrsgewohnheiten die darüber stehende Schrift zur Willenserklärung des Ausstellers erhoben wird, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er den Inhalt der Urkunde kannte oder auch nur kennen konnte." ³¹⁰

Durch die Unterschriftsleistung manifestieren sich demnach Erklärungs- und Handlungswille, meist auch der zugrundeliegende Geschäftswille.

Fehlt die Unterschrift oder stammt sie von einem andern, so kann bestimmt keine (finale) Willenserklärung des Namensträgers vorliegen, da unabhängig von der Fallkonstellation - welche hingegen für die nächste Frage, ob evtl. trotzdem für die vermeintliche Willenserklärung eingestanden werden muss, von grundlegender Bedeutung ist - sicher Erklärungs- und Handlungswille ³¹¹ fehlen ³¹². Von Rechtsgestaltung kraft Selbstbestimmung ³¹³ kann nicht gesprochen werden.

308 Unter § 3, S. 17

309 Für die Dogmatik der Willenserklärung macht es keinen Unterschied, ob diese mündlich oder schriftlich geäußert wird.

VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 160 f

CANARIS, Vertrauenshaftung, 14 f, dessen Ausführungen zum Rechtsscheintatbestand auch für die Willenserklärung Gültigkeit besitzen.

310 VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 161

Ein Geschäftswille kann u.U. gegeben sein.

312 SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 307, 424 zu OR 1, sprechen von Erklärungsschein

Im gleichen Sinne KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 59 zu OR 1

VON TUHR, Mängel des Vertragsabschlusses, ZSR 15 (1896) 288

Vgl. auch SCHUMANN, Fälschung nach dem neuen Wechsel- und Scheckrecht, 4 ff, dessen Begriffsbestimmung der Fälschung - wenn überhaupt - erst im Zusammenhang mit der Zurechenbarkeit relevant wird; ansonsten stellt er die ganze Begriffsbestimmung auf den Kopf: "Wenn der Namensträger aus einer 'gefälschten' Unterschrift nicht haftet, so handelt es sich hierbei nicht um eine Folge des Fälschungsbegriffes, sondern hängt dies damit zusammen, dass man in der Regel nur solche Unterschriften als gefälscht bezeichnet, die nach bürgerlichem Recht nicht als Erklärungen des angegebenen Unterzeichners wirken, und daher dessen Haftung nicht auslösen können."

Somit ist festzuhalten, dass im Falle der Unterschriftsfälschung nicht irgendeine mit Mängel behaftete Willenserklärung seitens des Namensträgers vorliegt, sondern schlicht **keine** Willenserklärung desjenigen, dessen Namen in der Unterschrift offenbart wird. Jedoch liegt eine Willenserklärung des Fälschers vor, deren Beachtlichkeit in den allermeisten Fällen an der mangelnden Identifikationsmöglichkeit des Fälschers scheitern wird.

b) Qualifikation aufgrund des Vertrauensprinzips

Nachdem feststeht, dass keine finale Willenserklärung vorliegt, bleibt zu prüfen, ob eine nach Vertrauensprinzip zurechenbare Willenserklärung bejaht werden kann oder sogar muss.

Unter den Anhängern des Vertrauensprinzips ist die Frage der Zurechenbarkeit einer gefälschten Willenserklärung - soweit das Problem überhaupt gesehen wird - umstritten:

Während die einen ³¹⁴ die Zurechenbarkeit verneinen, da die Fälschung als willkürlicher Akt eines Dritten nur den Schein einer Willenserklärung schaffen könne, nach Vertrauensprinzip aber nur für etwas eingestanden werden müsse, wofür der Einzustehende zumindest den Anlass gesetzt habe ³¹⁵, begründen die Anhänger eines strikten Vertrauensschutzes das Entstehenmüssen mit dem Argument, dass die Fälschung, wie die Willensmängel, gerade einen Anwendungsfall des Vertrauensprinzips darstelle, mache es doch für den Empfänger keinen Unterschied, ob der Erklärende nichts oder etwas anderes habe erklären wollen ³¹⁶.

313 FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, FS zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 141

314 KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 59 zu OR 1
SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 424 f zu OR 1
SIMONIUS, Wandlungen der Irrtumslehre, FS Goetzinger, 243
VON TUHR, Mängel des Vertragsabschlusses, ZSR 15 (1896) 284
VON TUHR, Bedeutung des Willens, ZSR 41 (1922) 273 f
VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 159
KELLER/SCHOEBI, Vertragsrecht I, 19

315 Mit aller Deutlichkeit CANARIS, Vertrauenshaftung, 243, dessen Ausführungen auch für die schweizerische Lehre herangezogen werden können: "Eine Zurechenbarkeits-einwendung ist ferner regelmässig in den Fällen der **Unterschriftsfälschung** gegeben; denn nicht der 'Namensträger', sondern der Fälscher schafft hier den Scheintatbestand."

316 MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 210, der aber offenbar den Fälschungsfall nicht bedacht hat, ansonsten er den Widerspruch zur Aussage, dass das Vertrauensprinzip

Versteht man das Vertrauensprinzip als Auslegungsregel, die Erklärenden und Empfänger gleichermaßen schützt ³¹⁷, so kann auch unter dessen Herrschaft eine gefälschte Unterschrift nicht zugerechnet werden. Im gegenteiligen Fall wird das Vertrauensprinzip im Ergebnis dem Erklärungsprinzip gleichgesetzt, was wiederum von der herrschenden schweizerischen Lehre mit Vehemenz abgelehnt wird ³¹⁸.

2. Unmittelbare Rechtsfolgen

a) Gefälschte Willenserklärung als NICHT - Erklärung

Sofern schon aus dem Begriff der Willenserklärung oder mangels Zurechenbarkeit die Existenz einer Willenserklärung (des Namensträgers) verneint wird, entfaltet sie als juristisches Nichts, als blosser Anschein einer Willenserklärung, **keine rechtsgeschäftlichen** Wirkungen ³¹⁹. Der Namensträger tritt gar nicht selbstbestimmend in Aktion.

b) Willenserklärung kraft Zurechnung

Wird eine Willenserklärung aufgrund des Vertrauensprinzips bejaht, was

Empfänger **und** Erklärenden schützt, sicher bemerkt hätte.
Kritisch HENRICI, Ueber den Irrtum bei Vertragsabschluss, 184, der sich im Ergebnis für die analoge Anwendung der Irrtumsregeln entscheidet.

Vgl. aber auch die Kritik CANARIS', Vertrauenshaftung, 235, der deutlich zwischen einer fehlenden, die Zurechenbarkeit ausschliessenden, und einer lediglich fehlerhaften, allenfalls zur Anfechtung berechtigenden Willenserklärung unterscheidet.

317 Z.B. MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 89

318 GAUCH, Vertrag und Parteiwille, FS Hundert Jahre OR, 351 f

GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 91

MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip, 121

KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 42 zu OR 1

SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 197 zu OR 1

319 VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 159

VON TUHR, Bedeutung des Willens, ZSR 41 (1922) 273

SIMONIUS, Wandlungen der Irrtumslehre, FS Goetzinger, 243

KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 59 zu OR 1

SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 1-17, N 307 zu OR 1

KELLER/SCHOEBI, Vertragsrecht I, 19

Für das Wertpapierrecht JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/ 1145-1155, N 102, 104 zu OR 979

Im gleichen Sinne, aber ohne nähere Begründung LAMPRECHT, Haftung des Namensträgers bei Wechselfälschungen, 2

FISCH, Legitimationsprüfung im Bankverkehr, 8

m.E. nur möglich ist, wenn das Vertrauensprinzip dem Erklärungsprinzip gleichgesetzt wird, so bleibt diese vorläufig gültig. Der scheinbar Erklärende kann die Willenserklärung gemäss OR 23 ff wegen Erklärungsirrtums ³²⁰, evtl. wegen falscher Uebermittlung (OR 27), anfechten.

c) Würdigung des Ergebnisses

Diese aus der allgemeinen Vertragsdogmatik hergeleitete Erfassung des Tatbestandes der Fälschung einer Willenserklärung findet im positiven Recht eine gewichtige Unterstützung: OR 997 bestimmt, dass - neben anderen Tatbeständen - eine gefälschte Unterschrift auf einem Wechsel keine (wechselrechtliche) Verpflichtung begründet, die Gültigkeit der übrigen Unterschriften jedoch unberührt lässt. Diese Regelung des Wechselrechts findet sich in den allgemeinen Vorschriften des Wertpapierrechts (OR 979) für das Inhaberpapier wieder. Greift somit die Einrede ³²¹ der Fälschung im Wechselrecht, bzw. generell im Recht der Wertpapiere (öffentlichen Glaubens) vor irgendwelchen Verkehrsschutzinteressen durch, so wäre es wertungswidersprüchlich, im (bürgerlichen) Recht der 'normalen' rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen diese nicht zu gewähren, sondern mittels normativer Auslegung auch im Falle der Fälschung eine, zwar anfechtbare, Willenserklärung zu konstruieren, stellt doch auch eine Unterschrift, die eine wechselrechtliche Verpflichtung manifestiert, nur den Abschluss einer - wenn auch stark formalisierten - Willenserklärung dar ³²².

d) Haftungsfragen

Wenn man mit der herrschenden Lehre eine gültige Willenserklärung verneint, so stellt sich die weitere Frage, ob eine - genauer zu definierende - 'Haftung für den Anschein einer Willenserklärung' begründet wird ³²³, deren

320 KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 56 f zu OR 1

321 Der Begriff 'Einrede' wird im Wertpapierrecht häufig untechnisch gebraucht. Richtig wäre es, von der 'Einwendung' der Fälschung zu sprechen. Vgl. JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 4 zu OR 979
Ebenso JACOBI, Wertpapiere (Ehrenbergs Handbuch), 242

322 Vgl. allgemein zur rechtsgeschäftlichen Natur der wertpapierrechtlichen Verbriefung von Rechten: JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/ 1145-1155, N 246 zu OR 965, N 55 ff zu OR 979, N 99 zu OR 979
BGE 105 II 291

Rechtsnatur noch zu prüfen wäre.

III. 'HAFTUNG' FÜR EINE GEFÄLSCHTE WILLENSERKLÄRUNG

Da durch eine mit einer gefälschten Unterschrift versehenen Willenserklärung lediglich, aber immerhin, der Anschein einer Willenserklärung des Namensträgers entstanden ist, stellt sich die Frage, ob der Namensträger vielleicht trotzdem für diesen Scheintatbestand in irgendeiner Form einstehen³²⁴ muss.

1. Definition einer sogenannten Rechtsscheinhaftung

a) Herleitung aus dem Wertpapierrecht

Das Problem einer Haftung für gefälschte Unterschriften wurde schon in der älteren Wertpapierrechtsliteratur eingehender als in der 'gewöhnlichen' zivilrechtlichen Literatur untersucht. Innerhalb des Wertpapierrechts interessierte vor allem die Rechtslage bei den Papieren öffentlichen Glaubens³²⁵, allen voran bei Wechsel³²⁶ und Check³²⁷.

-
- 323 Vgl. für den Spezialfall der gefälschten Wechselunterschrift LAMPRECHT, Haftung des Namensträgers bei Wechselfälschungen, der die verschiedenen Alternativen für das Wechselrecht prüft.
Generell, aber aus der Optik der deutschen Rechtsgeschäftslehre, CANARIS, Vertrauenshaftung, 9-265, 411 ff
- 324 M.E. ist der Begriff 'haften' zu vermeiden, da er andeutet, es handle sich entweder um eine ausservertragliche Schadenersatzpflicht oder um eine unreflektierte Uebernahme der deutschen Rechtsscheinhaftung.
- 325 Nach anderer Terminologie skripturrechtliche Papiere: vgl. dazu statt vieler: MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 58
GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 811, 813, 818
- 326 Vgl. aus der umfangreichen Literatur: JACOBI, Wechsel- und Scheckrecht, 1 ff
Die Dissertationen von: BESCHUETZ, Einfluss der Fälschung von Unterschriften auf Wechseln auf die Wechselverbindlichkeiten, 1902
HESS, Gefälschte Wechselunterschriften, 1932
SACHS, Falsche und verfälschte Wechsel, 1908
SICK, Die Fälschung von Unterschriften auf Wechseln, 1906
Aus der neueren Literatur: LAMPRECHT, Haftung des Namensträgers bei Wechselfälschungen
LANDVOGT, Fälschung und Verfälschung von Wechseln und Schecks im anglo-amerikanischen, französischen und deutschen Recht
VON BUEREN Bruno, Beschränkung der Einreden des Wechselschuldners
OTT, Vertrauensprinzip, SJZ 75 (1979) 153 ff
- 327 HEROLD, Haftung bei gefälschten Schecks, SJZ 22 (1925/26) 259 ff
VON BUEREN René, La responsabilité du banquier pour le paiement des chèques

Dieser Umstand ist nicht verwunderlich und aus Rechtsnatur und Funktion der Wertpapiere ³²⁸ ohne weiteres herzuleiten.

Wie vorne ³²⁹ bei der Erläuterung der Willenserklärung ist auch auf die allgemeinen Wertpapierrechtstheorien nur insoweit einzugehen, als es für das Verständnis der Thematik erforderlich ist.

Auch wenn die Wertpapierrechtsdogmatik, insbesondere bei Wechsel und Check, stark international ausgerichtet ist - nicht erst seit der Vereinheitlichung durch das Einheitliche Genfer Wechsel- und Checkrecht -, so ist im Gegensatz zum Recht der privatrechtlichen Willenserklärung grundsätzlich von der schweizerischen Lehre auszugehen, da die Besonderheiten des deutschen Rechts, die sich aus der Abstraktion des Eigentumübergangs vom Grundgeschäft ergeben (dinglicher Vertrag), für die vorliegende Arbeit nicht interessieren. Soweit hingegen ohne Probleme auf die deutsche Literatur verwiesen werden kann, wird dies auch getan.

aa) Definition des Wertpapiers

Gemäss der Legaldefinition von OR 965 ist ein Wertpapier "jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht, noch auf andere übertragen werden kann."

Demnach ist ein Wertpapier zunächst eine gewöhnliche Urkunde des Privatrechts, die aber die Besonderheit aufweist, dass das Recht, das in der Urkunde verbrieft ist, derart mit dem Urkundenstoff, dem Papier, verbunden ist, dass die Urkunde für die Geltendmachung und die Uebertragung des Rechts notwendig ist ³³⁰, der Schuldner an den durch die Urkunde formell richtig Ausgewiesenen

faux ou falsifiés

Der Begriff 'Check' wird ausser bei direkten Zitaten in der Schreibweise des OR geschrieben.

328 Ausführlich: JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 1 ff zu OR 965, N 1 ff zu OR 966

MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, §§ 1-7

Für die ältere (deutsche) Literatur: JACOBI, Wertpapierrecht (Ehrenbergs Handbuch), 125 ff

329 Siehe S. 63 ff

330 Vgl. die Darstellung der Hierarchie der (Schuld)-Urkunden vom 'gewöhnlichen' Schulschein zum Inhaberpapier bei: MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, § 2

JAEGGI, in: JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, Wertpapierrecht, §§ 3-13

JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 238 zu OR 965

mit befreiender Wirkung leisten darf und muss ³³¹.

Materiell-rechtlich gesehen stellt ein Wertpapier die Verbriefung einer privatrechtlichen Willenserklärung ³³² dar, die nun in Bestand und Umfang durch die Urkunde allein und neu ³³³ ausgewiesen wird.

bb) Insbesondere die Papiere öffentlichen Glaubens

Wenn vom Wertpapierrecht und seinen das allgemeine Vertragsrecht modifizierenden Vorschriften die Rede ist, so geschieht dies meist im Hinblick auf die Papiere öffentlichen Glaubens, stützt sich doch auch heute noch die Dogmatik des Wertpapierrechts auf Wechsel (und vermehrt auch auf den Check), da dieser weiterhin als Prototyp des skripturrechtlichen Wertpapiers angesehen wird ³³⁴.

Ein Wertpapier öffentlichen Glaubens zeichnet sich gegenüber gewöhnlichen Wertpapieren durch eine erhöhte Umlauffähigkeit und damit durch einen stärkeren Verkehrsschutz aus, was im wesentlichen dadurch erreicht wird, dass der (gutgläubige) Erwerber ein Papier auch vom Nichtberechtigten erwerben kann und sich gleichzeitig auf den Text der Urkunde verlassen darf (= sog. Einreden-ausschluss) ³³⁵. Von daher rührt auch die Bezeichnung skripturrechtliche Papiere ³³⁶.

Wertpapiere öffentlichen Glaubens entstehen entweder durch Vertrag (= gewillkürte Papiere) oder durch Gesetz (= geborene Papiere). Sie müssen zwingend

331 Sogenannte doppelte Präsentationsklausel:

MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 55

332 JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 246 zu OR 965: "Alle besonderen Rechtswirkungen der Inhaberpapiere und Ordrepapiere, wie überhaupt der Wertpapiere, haben einen einheitlichen Grund: Die Willenserklärung des Ausstellers ... Die Prinzipien von Treu und Glauben sowie der Berücksichtigung der Verkehrssicherheit, in denen Jacobi den Grund des Gesetzes erblickt, besagen in diesem Zusammenhang nur, dass die Erklärungen des Schuldners nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden müssen und dürfen."

Ebenso BGE 105 II 291

333 MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 62

334 Vgl. den Umfang, den auch die neuen Lehrbücher den Erläuterungen des Wechselrechts widmen:

MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 53, §§ 8-18

JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, Wertpapierrecht, §§ 22-32

335 Vgl. ZGB 935, OR 979 für Inhaberpapiere; OR 1006, 1007 für den Wechsel, per analogiam auch für die übrigen Ordrepapiere (OR 1143/1147)

MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 66

336 BEELER, Wertpapiere, 37

als Inhaber- oder Ordrepapiere ausgestaltet sein ³³⁷. Hauptbeispiele - auch im Hinblick auf die Fälschungsproblematik - sind Wechsel (OR 991 ff) und Check (OR 1100 ff).

cc) Interessenlage bei Wertpapieren öffentlichen Glaubens

Aus der Optik (des Gesetzgebers), die Umlauffähigkeit, d.h. die Verkehrsfähigkeit dieser Papiere möglichst zu erleichtern, ergeben sich folgende Konsequenzen:

- Die besonderen wertpapierrechtlichen Vorteile (insbes. der Einredenausschluss) treten erst beim rechtsgeschäftlich ³³⁸ erwerbenden Dritten auf. Der erste Nehmer, der in der Regel mit dem Schuldner direkt in Kontakt steht, ist grundsätzlich nicht besser gestellt, als ein Gläubiger, der einen gewöhnlichen Schuldschein erhält ³³⁹.
- Bei allen pathologischen Situationen ist der Entscheid, ob der materiell wirklich Berechtigte oder der nur formell dem Schein nach Berechtigte geschützt werden soll, unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes zu fällen (und vom Gesetzgeber auch so durchgeführt worden). Dies wirkt sich u.a. auf die Legitimationsprüfung ³⁴⁰ aus. Wertpapiere öffentlichen Glaubens sollen rasch und ungehindert zirkulieren können.
- Der nach den besonderen wertpapierrechtlichen Bestimmungen erwerbende Dritte muss sich deshalb die sog. Mängel aus dem Grundgeschäft nicht entge-

³³⁷ OR 978 für Inhaberpapiere; OR 1145 für gewillkürte Ordrepapiere. Für die geborenen Ordrepapiere ergibt es sich aus den gesetzlichen Legaldefinitionen mit zwingend vorgeschriebenem Mindestinhalt.

Vgl. auch MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 60

³³⁸ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 82: Nur der nach den besonderen wertpapierrechtlichen Uebertragungsformen der Papiere öffentlichen Glaubens (Urkundenübergabe, resp. formell richtige Indossamentenkette) erfolgte Erwerb wird geschützt.

³³⁹ Dies ist nicht unumstritten. Daran entbrannte sich u.a. der Streit zwischen Vertrags- und Kreationstheorie. Vgl. dazu zusammenfassend:

MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 66 ff

Von den älteren Autoren: JACOBI, Wertpapiere (Ehrenbergs Handbuch), 282 ff, für die Inhaberpapiere, 311 ff, für die Ordrepapiere

Jacobis Ausführungen sind durch das Einheitliche Genfer Wechsel- und Checkrecht nicht hinfällig geworden, da dieses den Begebungsvertrag nicht selbst regelt, sondern den Landesrechten überlässt.

Vgl. auch JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 207 f zu OR 965, N 45 ff und 82 zu OR 966

³⁴⁰ Allgemein: FISCH, Legitimationsprüfung im Bankverkehr, 14 ff

gehalten lassen (OR 979, 1007).

b) Wertpapierrechtliche Rechtsscheintheorie

aa) Rechtsscheintheorie als Konsequenz des Streites um die Entstehung eines Wertpapiers

Um die Entstehung des Wertpapiers entbrannte im letzten Jahrhundert zwischen den Anhängern der 'Vertragstheorie' und jenen der 'Kreationstheorie' ein ähnlicher Streit wie er im Recht der privatrechtlichen Willenserklärung zwischen den Anhängern der Willens- und denjenigen der Erklärungstheorie beobachtet werden konnte. Weil im Wertpapierrecht als zusätzliche Komplikation der sachenrechtliche Aspekt mitspielt, muss diese Parallele lückenhaft bleiben, obwohl die heute herrschende Lehre mit der sog. modifizierten Vertragstheorie zu einer ähnlichen Lösung gekommen ist wie mit dem Vertrauensprinzip im Recht der Willenserklärung.

Dies ist nicht überraschend, geht es doch auch hier darum, entgegenstehende Interessen wertend gegeneinander abzuwägen. Da die Kriterien der Wertung die gleichen bleiben (Individualschutz contra Dritt-/Verkehrsschutz), ergeben sich keine prinzipiellen, sondern nur graduelle Unterschiede, die im Ergebnis allerdings äusserst gravierend ausfallen können. Dies kann soweit gehen, dass es fast zu einer Umkehr des Regel-/ Ausnahmeprinzips führen kann.

bb) Kurze Zusammenfassung der einzelnen Theorien

Trotz der Kritik Jäggis ³⁴¹, die Wertpapierrechtstheorien seien ein Beispiel übelster Begriffsjurisprudenz und heute überwunden, werden sie kurz dargestellt, um bei der Einordnung der Fälschungsproblematik mit aller Deutlichkeit zeigen zu können, dass diese letztlich von allen Theorien losgelöst vorgenommen werden kann.

- Die Vertragstheorie sah in der Entstehung eines Wertpapiers einen Vertrag zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer. Die technische Ausfertigung der

³⁴¹ JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 100 zu OR 979

Urkunde stellte dabei eine Vorbereitungshandlung für den Vertragsabschluss des sog. Begebungsvertrages dar. Mit dieser Konstruktion konnten weder der Einredenausschluss gegenüber dem gutgläubigen Erwerber noch die Rechtslage, die entstand, wenn eine formell richtig ausgestellte Urkunde gegen den Willen des Ausstellers, z.B. zu früh, in den Verkehr gelangte, geklärt werden. Die geltend-rechtliche Regelung, dass der gutgläubige Dritterwerber geschützt wird, konnte nur mit zu dessen Gunsten fingierten Willenserklärungen aufrecht erhalten werden ³⁴².

- Die Kreationstheorie liess im Gegensatz zur Vertragstheorie das Wertpapier mit der Ausfertigung der Urkunde, die als einseitige, nicht empfangsbedürftige (Willens)-Erklärung ³⁴³ verstanden wurde, entstehen. Dies führte dazu, dass der Schuldner ohne Einschränkung verpflichtet wurde, sobald ein formell richtiges Wertpapier ausgefertigt war. Nicht nur, aber sicherlich im Falle der Bösgläubigkeit des Nehmers und/oder eines Dritten führt diese Betrachtungsweise zu Unge-rechtigkeiten, die nicht mit der Natur des Wertpapiers erklärt werden können ³⁴⁴.

- Die Rechtsscheintheorie, die Jacobi ³⁴⁵ als Ergänzung zur Vertragstheorie auf-gestellt hat, geht davon aus, dass zwar grundsätzlich ein gültiger Begebungsver-trag für die Entstehung des Wertpapiers notwendig ist, ausnahmsweise jedoch, der Aussteller einer Urkunde, die nach abgeschlossener Ausfertigung, aber vor der willentlichen Begebung in den Verkehr gelangt, dem gutgläubigen Dritterwer-ber für den veranlassten Rechtsschein wie aus einem begebenen Wertpapier haften muss ³⁴⁶.

cc) Heute herrschende schweizerische Lehre

Die herrschende schweizerische Lehre steht auf dem Standpunkt der

342 Vgl. die Kritik bei JACOBI, Wertpapiere (Ehrenbergs Handbuch), 241 ff, zusammen-fassend, 254 f

343 ULMER, Recht der Wertpapiere, 48, spricht von einem "einseitigen, nichtempfangsbe-dürftigen Erklärungsakt".

344 JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 100 zu OR 979, N 30 zu OR 1146

Zusammenfassend: MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 67 ff

345 BAER, Entwicklungen der wertpapierrechtlichen Dogmatik, 202 ff
JACOBI, Wertpapiere (Ehrenbergs Handbuch), 256 ff, generell, 286 ff, für das Inha-berpapier, 317 ff, für die Ordrepapiere, immer unter heftiger Polemik gegen die Kreati-onstheorie.

346 Vgl. auch BEELER, Wertpapiere, 39 f

sog. modifizierten Vertragstheorie ³⁴⁷, d.h. für die Entstehung einer wertpapierrechtlichen Verpflichtung ist grundsätzlich ein gültiger Begebungsvertrag notwendig, allerdings mit der durch die Rechtsscheintheorie entwickelten Ergänzung, dass der Schuldner für einen von ihm veranlassten Rechtsschein einzustehen hat, sofern der Dritterwerber gutgläubig ist ³⁴⁸.

dd) Dogmatische Einordnung der Fälschung

Nach einhelliger Lehre ³⁴⁹ und Rechtsprechung ³⁵⁰ begründet eine gefälschte Unterschrift **keine** wertpapierrechtliche, d.h. rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Namensträgers. Allerdings hat diese Befreiung für die übrigen echten Unterschriften keine Wirkung; diese bleiben gültig ³⁵¹.

Diese Haltung wird damit begründet, dass der Namensträger keinen Tatbestand kreiert, für den er einstehen müsste. Der Anschein seiner Unterschrift, resp. seiner Willenserklärung begründet keinen Rechtsschein gegen ihn, da dieser nicht von ihm (zurechenbar) veranlasst worden war. Der Namensträger haftet somit einzig aus veranlasstem Rechtsschein **nicht**, da er an der Schaffung des Rechtsscheines nicht beteiligt ist.

-
- 347 BEELER, Wertpapiere, 47, 49 f
JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 97 ff zu OR 979
JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, Wertpapierrecht, 7
MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 59, 69 f
BAER, Entwicklung der wertpapierrechtlichen Dogmatik, 203 f
- 348 Vgl. auch OR 979 III;
OR 1007, OR 1146: Ob trotz Kennensollens des Mangels die Gutgläubigkeit noch zu bejahen ist, braucht an dieser Stelle nicht weiter zu interessieren.
- 349 Vgl. aus der umfassenden Literatur:
SCHUMANN, Fälschung nach dem neuen Wechsel- und Scheckrecht, 33 f
JACOBI, Wertpapierrecht (Ehrensbergs Handbuch), 257, 259, 286, 288, 300
JACOBI, Wechsel- und Scheckrecht, 75, 117 f, 254, 256 f
ULMER, Recht der Wertpapiere, 45 ff, für den Scheck: 315 ff
BEELER, Wertpapiere, 50
GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 818, 823
MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 91 f
JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, Wertpapierrecht, 229 ff
OTT, Vertrauensprinzip, SJZ 75 (1979) 156, 158
VON BUEREN Bruno, Beschränkung der Einreden des Wechselschuldners, 42
Mittelbar auch JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 192 zu OR 965, N 246 zu OR 965, N 182 f zu OR 966, N 48 zu OR 979, N 57 zu OR 979, N 73 zu OR 979, N 99 f zu OR 979
- 350 Vgl. statt vieler BGE 105 II 291
- 351 Vgl. OR 997, OR 1143 Ziff. 3.
Vgl. auch BGE 99 Ia 4, der sich aber für eine restriktive Auslegung der gesetzlichen Ungültigkeit ausspricht; im Zweifel fällt auch OR 991 Ziff. 8 i.V.m. OR 992 I unter die enge Auslegung von OR 997.

c) Haftung für geschaffenen Rechtsschein im allgemeinen (deutschen) Vertragsrecht

aa) Dogmatische Erarbeitung

So wie Jacobi mit der wertpapierrechtlichen Rechtsscheintheorie Regeln, Kriterien für das Entstehen müssen für geschaffenen Rechtsschein, beispielsweise für einen mangelhaften Begebungsvertrag oder die Begründung des Einredenausschlusses im Recht der Wertpapiere öffentlichen Glaubens entwickelt hatte, so versucht Canaris³⁵², diese Kriterien zu verfeinern und in das allgemeine Vertragsrecht einzubauen.

Ausgehend von der klassischen deutschen Rechtsgeschäftslehre, basierend auf dem Grundsatz der echten, finalen Willenserklärung kraft Selbstbestimmung³⁵³, bildet er Fallgruppen, bzw. muss er Fallgruppen bilden³⁵⁴, bei denen der Schuldner für den Anschein eines Rechtes, bzw. einer Willenserklärung einstehen muss, wie wenn das Recht tatsächlich bestehen würde³⁵⁵.

Diese Fallgruppen besitzen als gemeinsames Merkmal das Kriterium der Zurechenbarkeit, d.h. der Schuldner braucht nur für einen Rechtsschein einzustehen, den **er** "zurechenbar veranlasst" hat³⁵⁶. Wie das zurechenbare Verhalten mit dem äusseren Tatbestand verknüpft sein muss, bzw. worin es besteht, ist eine **Wertungsfrage**, die von Fallgruppe zu Fallgruppe verschieden beantwortet wird und werden muss. Canaris erwähnt drei mögliche Anknüpfungspunkte für die Zurechenbarkeit eines Scheintatbestandes: Verschulden, Veranlassung (= reine Kausalität) oder Risiko. Er selbst hat eine Wertung anhand ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen und aufgrund allgemeiner Rechtsprinzipien für verschiedene Rechtsgebiete des deutschen Privatrechts vorgenommen, die stark

352 CANARIS, Vertrauenshaftung, 9 ff; diese setzt sich aus der Rechtsscheinhaftung und der hier nicht weiter interessierenden Vertrauenshaftung kraft rechtsethischer Notwendigkeit zusammen.

353 CANARIS, Vertrauenshaftung, 428 f

354 CANARIS, Vertrauenshaftung, 28 ff, für die bürgerliche Rechtsscheinhaftung, 150, für die handelsrechtliche, 230 f, für die wertpapierrechtliche, 242 ff

355 Vgl. dazu auch schon HUEBNER, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, FS Nipperdey, 380 ff

356 CANARIS, Vertrauenshaftung, 467 ff

HUEBNER, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, FS Nipperdey, 385 ff, der sich für eine dogmatische Strukturierung des Begriffes 'Zurechenbarkeit' einsetzt. Ebenso VON BUEREN Bruno, Einreden des Wechselschuldners, 18

vereinfachend wie folgt umschrieben werden können: In der Regel scheiden das Verschuldens- und das Veranlassungsprinzip aus; das Risikoprinzip³⁵⁷ erfüllt s.E. die Zurechnungsfunktion am besten. Deshalb führt ein Scheintatbestand, der im (beherrschbaren) Risikobereich des in Anspruch Genommenen entstanden ist, zu einer Haftung, sofern - was immer selbstverständlicherweise vorausgesetzt wird - Vertragspartner oder Dritte schutzwürdig, d.h. gutgläubig sind, bzw. berechtigterweise vertrauen. Je 'handelsrechtlicher' und je 'drittbezogener' der Tatbestand ist, desto eher ist die Zurechenbarkeit zu bejahen³⁵⁸. Mit anderen Worten, die Umschreibung des beherrschbaren Risikobereiches wird abstrakt, nach der möglichen Gefährdung Dritter, bzw. nach der möglichen Schadensvermeidung vorgenommen³⁵⁹, wobei schon anhand dieser Umschreibung deutlich wird, wie unbestimmt die Abgrenzung des beherrschbaren Risikobereiches ausfällt, bzw. wie stark der Begriff der Zurechnung durch ein wertendes Vorverständnis geprägt wird.

bb) Auswirkung der dogmatischen Erkenntnisse auf das Entstehenmüssen für eine Fälschung

Da im klassischen Falle der Fälschung kein zurechenbares Verhalten des Namensträgers vorliegen kann, darf im bürgerlichen Recht - wie schon im Recht der Wertpapiere - dem Namensträger für seine gefälschte Unterschrift per se **keine** (vertragliche) Haftung aus zurechenbar veranlasstem Rechtsschein aufgebürdet werden. Der Rechtsscheintatbestand wird vom Fälscher, also einem Dritten, gesetzt³⁶⁰.

Allerdings weist Canaris auf Konstellationen hin, bei denen der Namensträger s.E. entstehen muss, aber aus Gründen, die aus der (reinen) Rechtsscheinhaf-

357 CANARIS, Vertrauenshaftung, 475 f, 480, weist nach, dass das Veranlassungsprinzip, das nach der h.L. für die Rechtsscheinhaftung massgebend sein soll, dem Inhalte nach dem Risikoprinzip entspricht.

358 CANARIS, Vertrauenshaftung, 473 ff, mit den Hinweisen auf die verschiedenen Zurechenbarkeitskriterien

359 Vgl. HUEBNER, Zurechenbarkeit statt Fiktion einer Willenserklärung, FS Nipperdey, 388 f, der betont, dass der Massstab der Zurechenbarkeit transparent und logisch sein müsse.

360 CANARIS, Vertrauenshaftung, 468 f, 469: "... so ergeben sich als 'allgemeine Zurechnungsausschlussgründe': vis absoluta, Vertretung ohne Vertretungsmacht und die mit dieser eng verwandten Fälschung sowie fehlende und beschränkte Geschäftsfähigkeit - eine Aufzählung, die nicht zufällig an die 'absoluten Einwendungen' im Wertpapierrecht erinnert, die aber auch für alle übrigen Tatbestände ihre Gültigkeit besitzt."

tung nicht hergeleitet werden können. Vielmehr würden sich Fallkonstellationen ergeben, vereinfachend Fälschungstatbestände genannt, die ihren Ursprung in der "Sphäre" des Namensträgers haben, so dass sich aus zusätzlichen Ueberlegungen - über die reine Rechtsscheinhaftung hinaus - eine Haftung rechtfertigen könne ³⁶¹.

2. Parallele zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauensprinzip

a) Allgemeine dogmatische Erkenntnisse

Die Rechtsscheinhaftung, wie sie die deutsche Privatrechtsdogmatik aus dem Wertpapierrecht übernommen hat, und das schweizerische Vertrauensprinzip haben funktional die gleiche Bedeutung: "So drückt die Rechtsscheintheorie einfach den Inhalt des Vertrauensprinzipes mit anderen Worten aus: Der Aussteller veranlasst mit der Ausstellung ... den Schein einer bestimmten Erklärung, für den er gegenüber jedem später Berechtigten einzustehen hat, gemäss dem erweckten Vertrauen." ³⁶² Die terminologischen Verschiedenheiten erschweren aber die Aufdeckung dieser Parallelität, so dass die Gefahr besteht, mit der Einführung einer sog. Rechtsscheinhaftung scheinbar eine neue Erkenntnis gewonnen zu haben ³⁶³.

b) Unterschiede im einzelnen trotz der funktionalen Parallelität

Mit dem Vertrauensprinzip wird der Begriff der Willenserklärung von der finalen, echten Willenserklärung zur normativen erweitert, wobei sich letztere dadurch auszeichnet, dass ein Fehlstatbestand dem Erklärenden nach Treu und Glauben noch als Willenserklärung 'zugerechnet' wird ³⁶⁴. Diese nach Vertrau-

³⁶¹ CANARIS, Vertrauenshaftung, 468

³⁶² Vgl. sogleich unter IV, S. 86 ff

³⁶³ So grundlegend: JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 55 ff zu OR 979, insbes. N 57

³⁶⁴ Ebenso, auf Jäggi Bezug nehmend, OTT, Vertrauensprinzip, SJZ 75 (1979) 154

So z.B. LAMPRECHT, Haftung des Namensträgers bei Wechselfälschungen, 93 ff, VON BUEREN Bruno, Beschränkung der Einreden des Wechselschuldners, 11 ff, sieht nur den Begriff 'Rechtsschein' und wirft Jäggi vor, er stehe der Rechtsscheintheorie kritisch gegenüber, weil er den Begriff nicht verwendet.

³⁶⁴ Vgl. vorne S. 68 ff

ensprinzip geheilten Tatbestände werden - unter Vorbehalt der Berufung auf Erklärungsirrtum - **als** Willenserklärung wirksam.

Die Rechtsscheinhaftung hat den gleichen Fehlstatbestand im Auge; aber anstatt den Begriff der Willenserklärung durch die normative Willenserklärung zu überladen, anerkennt sie sog. Rechtsscheintatbestände, die sich der scheinbar Erklärende **wie** Willenserklärungen zurechnen lassen muss, die aber deswegen nicht zu Willenserklärungen werden. Der scheinbar Erklärende muss für einen solchen Rechtsschein 'haften', allerdings i. d. R. ebenfalls nach vertraglichen Grundsätzen³⁶⁵.

c) Einbettung der Fälschungstatbestände

Wie aus der oben umschriebenen funktionalen Gleichsetzung von Rechtsscheinhaftung und Vertrauensprinzip unschwer hergeleitet werden kann, macht es für die dogmatische Einordnung der Fälschung keinen Unterschied, welcher Theorie der Vorzug gegeben wird:

- Es kann im Falle der Fälschung von keiner natürlichen, finalen Willenserklärung des Namensträgers gesprochen werden.
- Es liegt aber auch weder eine normative Willenserklärung noch ein dem Namensträger zurechenbarer Scheintatbestand vor, aufgrund dessen ein vertragliches Entstehenmüssen des Namensträgers begründet werden könnte.
- Die Fälschungsproblematik entpuppt sich demzufolge als eine Frage der Risikovertellung, die aus der Dogmatik der privatrechtlichen Willenserklärung **allein** nicht hergeleitet werden kann.

IV. DIE FÄLSCHUNGSPROBLEMATIK ALS FRAGE DER RISIKOVERTEILUNG

Wie in der Folge ersichtlich wird, verwendet die Lehre den Begriff 'Risiko', bzw. die Verteilung von entstandenen Schäden nach Risikobereichen uneinheitlich: einmal als Zurechnungskriterium innerhalb der Rechtsscheinhaftung, bzw.

365

Aus der grundsätzlichen Anerkennung der Rechtsscheinhaftung können keine zwingenden Rechtsfolgen abgeleitet werden. Der Begriff 'Haftung' ist deshalb missverständlich. Ebenso CANARIS, Vertrauenshaftung, 518

des Vertrauensprinzips, zum zweiten als Haftung für gewöhnlichen ³⁶⁶ Zufall. Trotz dieser Schwierigkeiten soll versucht werden, anhand des Risikogedankens ein der Dogmatik gerecht werdendes Kriterium für das Einstehenmüssen für gefälschte Unterschriften zu gewinnen.

1. Funktion des Risikogedankens innerhalb des Vertrauensprinzips, bzw. der Rechtsscheinhaftung

a) Grundsatz

Wie vorne ³⁶⁷ dargelegt, bewirkt die Fälschung einer Unterschrift einen **Schein** der fraglichen Willenserklärung gegen den Namensträger.

Aber auch wenn das Risikoprinzip zur Ermittlung der Zurechenbarkeit eines Scheintatbestandes herangezogen wird, ist die Fälschung ein Ereignis von außerhalb, von einem Dritten, das eine Zurechnung unmöglich macht. Die Fälschung gehört demzufolge grundsätzlich zu den objektiven Zurechnungsausschlussgründen ³⁶⁸.

b) Fallkonstellationen innerhalb des Risikobereiches

aa) Allgemeine Umschreibung

Im Zusammenhang mit der Entstehung einer Fälschung können nun, wie schon Canaris ³⁶⁹ betont hat, Umstände massgebend werden, die stärker sind als der Grundsatz des Zurechnungsausschlusses. Diese Sachverhalte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie dem Risikobereich, bzw. der Sphäre ³⁷⁰ ent-

³⁶⁶ Vgl. über die Verwendung des Begriffes 'gewöhnlicher' Zufall - zur Abgrenzung gegenüber höherer Gewalt - im Haftpflichtrecht: OFTINGER, Haftpflichtrecht II/1, 1 ff
WIDMER, Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZBJV 110 (1974) 295

³⁶⁷ Vgl. S. 74 ff, S. 76

³⁶⁸ CANARIS, Vertrauenshaftung, 469

³⁶⁹ Vgl. vorne S. 83 ff

³⁷⁰ Zur Begriffsbestimmung, CANARIS, Vertrauenshaftung, 479 ff

Zur Sphärentheorie vgl. VON SCHENCK, Der Begriff der Sphäre in der Rechtswissenschaft, 73 ff

Vgl. auch MUELLER-ERZBACH, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910) 409 ff

Vgl. auch schon vorne unter S. 84 f

stammen, für welche ein im Rechts- und Verkehrsleben agierendes Rechtssubjekt nach allgemeinen Grundsätzen des betreffenden Vertrages, bzw. des allgemeinen Vertragsrechts, inkl. des weiten Bereiches von Treu und Glauben, zur Rechenschaft herangezogen werden kann und allenfalls sogar muss.

Diese Umschreibung zeigt deutlich, dass das Entstehenmüssen für einen sog. **beherrschbaren** Risikobereich eine Mittelstellung zwischen eigentlichem echten Verschulden und reiner Kausalhaftung einnimmt, wobei unter dem Begriff 'Zurechnung', bzw. 'Beherrschbarkeit' des Risikobereiches die alles entscheidende Wertung vorgenommen wird ³⁷¹.

bb) Versuch einer allgemeinen Umschreibung des haftungsbegründenden, beherrschbaren Risikobereiches

Der Versuch einer Umschreibung des (beherrschbaren) Risikobereiches bereitet der Dogmatik ähnliche Schwierigkeiten, wie sie im Recht der ausservertraglichen Schadenersatzpflicht bei der Umschreibung der Sorgfaltspflicht, bzw. deren Verletzung beobachtet werden können: Dort werden die gleichen Kriterien, die sich gegenseitig bedingen, zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden herangezogen, um zu bestimmen, ob die Sorgfaltspflichtverletzung dem Verschulden oder der Widerrechtlichkeit zuzuordnen ist. Die Frage nach der verlangten Sorgfalt - gemäss Kriterien der objektivierten Fahrlässigkeit - ist aber ebenso eine Wertungsfrage wie diejenige nach der Beherrschbarkeit und damit der Möglichkeit der Zurechnung eines Risikobereiches ³⁷².

Bei der Zurechnung gemäss Risikobereich ist der Risikobereich objektiv mehr oder weniger bestimmbar, d.h. die einzelnen Fallgruppen bestimmen den Risikobereich, und umgekehrt bestimmt der Risikobereich das Entstehenmüssen für

371 Vgl. dazu mit überzeugenden Argumenten CANARIS, Vertrauenshaftung, 479 ff. Ihm folgend, MARBURGER, Absichtliche Falschübermittlung und Zurechnung von Willenserklärungen, AcP 173 (1973) 154 ff.

372 Vgl. zur Problematik der Sorgfaltspflichtverletzung ausführlich MERZ, Widerrechtlichkeit als Rechtsquellenproblem, ZBJV 91 II (1955) 314 f, 317, 323 ff. WIDMER, Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, ZBJV 110 (1974) 295 ff, 307, 310 f, 318 ff, 324. GIGER, Widerrechtlichkeit und Verschulden, FS Hundert Jahre OR, 375 f, 384, 386, 388 f, 391 ff, 396. Ausführlich FELLMANN, Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 106 (1987) I 340 ff, insbes. 349 f, der den objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff der h.L. unter Berufung auf OR 43 heftig kritisiert.

einzelne Fallgruppen.

Sofern es gelingt, diesen Risikobereich zu umschreiben, ist auch die Frage nach dem Ursprung eines Fälschungstatbestandes innerhalb dieses Risikobereiches bestimmt.

Für die Wertung hingegen, die ausschlaggebend dafür ist, ob ein innerhalb des Risikobereiches entstandener Fälschungstatbestand auch wirklich in den **beherrschbaren** - und damit zurechenbaren - Risikobereich fällt, bzw. fallen muss, sind Kriterien massgebend, wie sie auch für die Bestimmung der objektivierte Fahrlässigkeit herangezogen werden ³⁷³. Dies hat zur Folge, dass in der juristischen Diskussion meistens direkt auf der Ebene der einzelnen Sorgfaltspflichtverletzung argumentiert wird, würde doch eine innerhalb eines Risikobereiches entstandene Sorgfaltspflichtverletzung - falls diese nur irgendwie hergeleitet werden kann - ohne weiteres eine Zurechnung rechtfertigen.

Es bleibt somit festzuhalten, dass bei der Konkretisierung der (ausnahmsweise) doch zurechenbaren Fälschungstatbestände über die Bestimmung des beherrschbaren Risikobereiches eine Wertung vorzunehmen ist, die zur Folge hat, dass das Entstehenmüssen für Unterschriftenfälschungen letztlich nur am konkreten Einzelfall, bzw. an der konkreten Einzelfallgruppe, geprüft werden kann.

cc) Beispiele

Bevor im dritten Teil eine Aufteilung der beherrschbaren, bzw. zu beherrschenden Risikobereiche zw. Bank und Kunde vorgenommen wird, soll an dieser Stelle kurz auf einige mögliche Risikobereiche eingegangen werden, die grundsätzliche Bedeutung erlangen können. Dabei sind m.E. folgende Ueberlegungen für die Abgrenzung des beherrschbaren Risikobereiches massgebend:

- Für die juristischen Personen statuiert ZGB 55 II ausdrücklich eine Einstandspflicht für Tätigkeiten ihrer Organe, die ihren Entstehungsgrund nicht in rechtsgeschäftlichem Handeln, sondern in "sonstigem Verhalten" der Organe haben, worunter insbes. auch unerlaubte Handlungen zu zählen sind ³⁷⁴. Berücksichtigt man weiter die grosszügige Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich des

³⁷³ Vgl. vorherige Fussnote

³⁷⁴ ZR 75 (1976) Nr. 99

gesellschaftsrechtlichen Organbegriffes, sog. funktionaler Organbegriff ³⁷⁵, so ergibt sich ein weiter Bereich, in dem eine juristische Person für widerrechtliche Handlungen, d.h. auch für Fälschungen, ihrer Organe einzustehen hat ³⁷⁶, allerdings zu Recht nur ausservertraglich.

- Naheliegend ist der nächste Schritt: Die Ueberlegungen, die zu einer Einstandspflicht der juristischen Person für die unerlaubten Handlungen ihrer Organe führen, werden auf das Recht der Hilfspersonen (v.a. im Bereich von OR 101) ³⁷⁷ und das Stellvertretungsrecht ausgedehnt. M.E. bleibt dieser Gedanke entgegen der Ablehnung von Bär ³⁷⁸ mind. für Einzelfälle prüfenswert ³⁷⁹.

- Aehnlich können auch Fälle liegen, bei denen es nach einer Anfrage seitens der Bank zu einer 'Genehmigung' der Fälschung (sei es wissentlich oder nicht) durch den Bankkunden kommt, wie dies v.a. im Wertpapierverkehr recht häufig geschieht ³⁸⁰.

- Folgende Fallgruppe, bei der nach h.L. und Rechtsprechung unzweifelhaft eine Zurechnung des Fälschungsrisikos zu bejahen ist, soll zur Abgrenzung der vorangestellten, z.T. umstrittenen Fallgruppen herangezogen werden: Beim Blankettnissbrauch und den daraus resultierenden Verfälschungsfällen wird dem Namensträger - und Blankettaussteller - das Missbrauchsrisiko deshalb aufgebürdet, weil er selbst durch das Blankett den äusseren Anlass des Missbrauches gesetzt hat ³⁸¹.

-
- 375 Vgl. beispielsweise BGE 68 II 289, BGE 81 II 226, BGE 87 II 187
In BGE 109 II 116 wurde die Frage der Organstellung als selbstverständlich vorausgesetzt.
- 376 BGE 105 II 292 f
Vgl. dazu auch die Erwägungen von BAER, Bundesgerichtliche Rechtsprechung des Jahres 1982, ZBJV 120 (1984) 529 ff, 533, der bei seiner Analyse von BGE 109 II 116 auch mit dem Risikobereich-Argument das Entstehenmüssen für eine widerrechtliche Handlung eines aktienrechtlichen Organes bejaht.
- 377 Vgl. BGE 90 II 19
- 378 BAER, Bundesgerichtliche Rechtsprechung des Jahres 1982, ZBJV 120 (1984) 533
- 379 So auch die ausführlichen Abwägungen bei BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 101 ff
Siehe auch die Erläuterungen im 3. Teil, S. 93 ff
- 380 CANARIS, Vertrauenshaftung, 484 f, 538
JACOBI, Wechsel- und Scheckrecht, 257 f
Differenzierend KOLLER, Fälschung und Verfälschung von Wertpapieren, WM 1981, 214 f
- 381 Vgl. statt vieler BGE 88 II 428

dd) Zusammenfassung der massgebenden Einstandsbereiche

Die theoretische Umschreibung des beherrschbaren Risikobereiches kann, wie gesehen, nur sehr allgemein und oberflächlich vorgenommen werden. Die Kriterien, die für die Beherrschbarkeit, bzw. zur Umschreibung der zu verantwortenden Sphäre des eigenen Wirkungskreises beizuziehen sind, lassen sich dahingehend abstrahieren und zusammenfassen, dass es auf folgende Gesichtspunkte ankommen muss:

- Wer hat die Möglichkeit, eine potentielle Fälschung zu vermeiden?
- Wer hat durch sein Verhalten im Rechts- und Verkehrsleben die Möglichkeit, den Anlass gesetzt, dass eine Fälschung sinnvollerweise als damit im Zusammenhang stehend in Frage kommen kann? Beispielsweise durch Einsetzen von Drittpersonen, sei es in Form von Boten, Stellvertretern oder Hilfspersonen ³⁸².
- Wer hat andererseits die Möglichkeit, eine einmal entstandene Fälschung, bevor sie sich schädigend auswirken kann, aufzudecken, bzw. zu unterbinden?

C ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE DER ALLGEMEINEN VERTRAGSDOGMATIK

Bevor im dritten Teil konkret auf die Rechtsverhältnisse innerhalb des Bankvertragsrechts eingegangen wird, sollen die aus den grundsätzlichen vertragsrechtlichen Ueberlegungen gewonnenen Erkenntnisse festgehalten werden:

Mit der Vornahme einer Unterschriftenfälschung greift ein Dritter in den Abschluss oder in die Erfüllung eines Vertrages zwischen zwei Personen ein, und zwar so, dass er die Rechte aus dem Vertragsverhältnis für sich in Anspruch nimmt. Das durch die Fälschung belastete Vertragsverhältnis erleidet einen Schaden, den es zu verteilen gilt.

Dogmatisch betrachtet handelt es sich bei der Fälschung um ein vertragliches Risiko, dessen Zuteilung an die eine oder andere Vertragspartei vorzunehmen ist.

³⁸² Besonders bei diesen Konstellationen wird - wie beim eigentlichen Blankettmissbrauch - die leichter zurechenbare Verfälschung ermöglicht, da der Namensträger auch hier den äusseren Anlass zur Verfälschung eindeutig gesetzt hat, so dass ohne dessen Grund-Aktivwerden, die Verfälschung begrifflich gar nicht denkbar ist.

Gemäss allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen erfolgt die Zuteilung - mangels gegebenen Verschuldens - nach den Grundsätzen über den beherrschbaren und damit zurechenbaren Risikobereich der jeweiligen Parteien.

Ueber die Begriffe 'Beherrschbarkeit', bzw. 'Zurechenbarkeit' fliessen jedoch wiederum Wertungen ein, wobei zunächst offen bleibt, ob diese bezüglich der im konkreten Einzelfall anzuwendenden Sorgfalt oder im Sinne einer Typisierung einzelner besonderer Verträge oder nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Sinne des allgemeinen Vertragsrechts vorgenommen werden sollen.

Aufgrund dieser dogmatischen Einordnung der Fälschung sollte nicht von der 'Haftung für Unterschriftenfälschung', sondern von der 'Tragung des Fälschungsrisikos' gesprochen werden.

3. TEIL DIE FÄLSCHUNGSPROBLEMATIK BEI BANKVERTRÄGEN IM SPEZIELLEN

1. KAPITEL BEISPIELE VON UNTERSCHRIFTENFÄLSCHUNGEN AUS DER RECHTSPRECHUNG

Um sich einen Einblick in die Vielfältigkeit der möglichen Fallkonstellationen, von denen vorgehend im 2. Teil gesprochen worden ist, zu verschaffen, werden als Einstieg und als Prüfstein für die juristische Dogmatik und die Schriftvergleichung einige ausgewählte Beispiele aus der schweizerischen und ausländischen Praxis vorangestellt. Da die Zurechenbarkeit eines fehlerhaften Zustandes, eines Fehltatbestandes im Brennpunkt des Interesses ist, kann es nicht verwundern, dass die Sachverhaltsbeurteilung im folgenden im Vordergrund steht.

§ 12 SCHWEIZERISCHE PRAXIS

A UNVERÖFFENTLICHTER ENTSCHEID I.S. OKCUOGLU GEGEN SBG VOM 25.10.1960

I. SACHVERHALT

O. unterhielt ein Konto bei der SBG in Zürich, das auf den Namen einer Gesellschaft lautete, aber im wesentlichen von ihm direkt für verschiedene Ueberweisungen verwendet wurde. Dem Vertrag lagen die üblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ³⁸³ zugrunde, wonach die Haftung der Bank für Schäden, die infolge Nichterkennens von gefälschten Unterschriften entstanden sind, auf die Fälle von Absicht und grober Fahrlässigkeit beschränkt wird. Im übrigen liess der Kontoinhaber, da er in der Schweiz keinen Wohnsitz hatte, die Post banklagernd zustellen.

³⁸³ Der Einfachheit halber werden diese im folgenden in der Rechtsprechungsdarstellung immer wieder zur Diskussion stehenden AGB-Bestimmungen 'Freizeichnungsklauseln' genannt, unabhängig davon, ob es sich um eine Haftungsbeschränkungsklausel oder um eine Risikoverteilungsregel handelt.

Nachdem über das Konto ein reger Geschäftsverkehr abgewickelt worden war, trafen mehrere gefälschte Ueberweisungsaufträge ein, die, wie die parallel eingetroffenen echten, von der Bank ausgeführt und belastet wurden.

Der Kontoinhaber (und die Gesellschaft) klagten gegen die Bank auf Rückerstattung der aufgrund der Fälschungen überwiesenen Beträge.

II. URTEIL

Wie schon die Vorinstanz wies das Bundesgericht die Klage ab.

III. BEGRÜNDUNG DES BUNDESGERICHTS

a) Zunächst erkannte das Bundesgericht, dass der Grundvertrag über die Eröffnung und Führung eines Kontokorrents im wesentlichen als einfacher Auftrag i.S. von OR 394 ff zu qualifizieren sei. (Was auch von den Parteien nicht bestritten wurde.)

b) Das klägerische Argument, die Vergütungen der Bank stellten Nichterfüllung und nicht schuldhafte Schlechterfüllung dar, verwarf das Bundesgericht: "Der Kläger verkennt, dass die Gutschriften ... , obwohl sie nicht auf seine Weisung erfolgten, dennoch ihren **Grund** im Rechtsverhältnis haben, das der Kläger ... mit der Beklagten einging. Hätte dieses Verhältnis nicht bestanden, so hätte die Beklagte auf die gefälschten Schreiben hin nichts angewiesen. Es fragt sich daher nur, ob der Inhaber des Kontos ... sich verpflichtet hat, der Beklagten auch die auf Fälschungen hin entrichteten Beträge zu ersetzen, und, wenn ja, ob dieses Versprechen gültig ist." ³⁸⁴

c) Die Freizeichnungsklausel sei als unbestrittener Vertragsbestandteil anzuwenden, sofern diese Bestimmung nicht gegen OR 19 verstosse, was unter Prüfung folgender Argumente verneint wurde:

- Aus dem Auftragsrecht könne keine diesbezügliche Regelung, insbes. keine zwingende, herausgelesen werden. Es frage sich deshalb, ob die für das Checkrecht in OR 1132 aufgestellte Bestimmung, wonach der aufgrund gefälschter Checkunterschriften entstandene Schaden von der bezogenen Bank zu tragen

sei, erstens auf das Auftragsrecht analog anwendbar sei, was grundsätzlich bejaht werden könne, und zweitens, ob diese Bestimmung zwingend sei, was gemäss Materialien und h.L. zu verneinen sei.

- Weder aus der öffentlichen Ordnung noch aufgrund von Sittenwidrigkeit könne im Auftragsrecht eine derartige Bestimmung 'gefunden' werden. Ebensowenig sei ZGB 27 verletzt, da der Verzichtende lediglich eine Vermögenseinbusse in Kauf nehme.

d) Indem die Bank ihre Einstandspflicht für absichtliche Schädigung oder grobfahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bei der Unterschriftenprüfung anerkenne, bewege sie sich im durch OR 100 I abgesteckten Rahmen, der auch für das Auftragsrecht anzuwenden sei.

f) Bezüglich der von der Bank anzuwendenden konkreten Sorgfaltspflichten dürfe kein allzustrenger Massstab angelegt werden, zumal in casu keine Umstände vorlägen, die eine sorgfältigere Prüfung als die übliche nahegelegt hätten: "Abgesehen hievon kann von einer Bank in der Regel nicht verlangt werden, dass sie beim Eingang einer Zahlungsanweisung alle früheren Briefe des gleichen Kunden zur Hand nehme, um nach Abweichungen im Schriftbild, Stil und dergleichen zu forschen. ... Wenn der Kläger höhere Anforderungen stellen wollte, hatte er es beim Abschluss des Vertrages zu sagen." ³⁸⁵ Umgekehrt habe er sich selber zuzuschreiben, dass er infolge der vereinbarten Postzustellung (banklagernd) die Fälschungen nicht habe früher entdecken können.

g) Bezüglich der Erkennbarkeit der Unterschriftsfälschung selbst sei das Bundesgericht an die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz gebunden, welche festhalte, die Abweichungen befänden sich im Rahmen der üblichen Schwankungsbreite von Unterschriften; willkürliche Beweiswürdigung würde nicht dargetan.

Das Bundesgericht führt den - in den seither ergangenen Urteilen immer wieder zitierten - Massstab an: "Das Handelsgericht berücksichtigt zutreffend, dass Unterschiede, die nachträglich bei Kenntnis des Sachverhaltes leicht festgestellt werden können, sich nicht notwendigerweise auch dem Uneingeweihten aufdrängen, ferner dass die Beklagte als Bank die Unterschriften nicht so genau zu prüfen brauchte, wie der schriftsachverständige Vorsteher des kriminaltechnischen Dienstes trotz Verzichts auf eingehende Begutachtung es getan hat. Der Vorin-

stanz ist darin beizupflichten, dass die Beklagte zwar mit der Möglichkeit von Fälschungen zu rechnen hatte, aber solche nicht in jedem Falle gleichsam voraussetzen musste, sondern die Echtheit als Regel betrachten durfte." ³⁸⁶

IV. BEMERKUNGEN ZUR BUNDESGERICHTLICHEN BEGRÜNDUNG

Dieser unveröffentlichte Entscheid ist der leading-case des Bundesgerichts im Bereich der Auseinandersetzung von Banken mit ihren Kunden, wenn die Bank infolge gefälschter Ueberweisungsaufträge 'Vergütungen' vorgenommen hat und diese nachher gestützt auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Kunden belasten will. Sämtliche der in neuester Zeit gefällten Urteile stützen sich auf diesen Entscheid oder setzen sich zumindest mit ihm auseinander.

Im Hinblick auf die weitere Analyse der Rechtsprechung sind m.E. folgende Erwägungen des Bundesgerichts von besonderem Interesse:

- Die Erwägung, ob aufgrund des Sachverhaltes das Nichterkennen einer gefälschten Unterschrift, schuldlos, leicht- oder grobfahrlässig geschehen ist, ist eine **Tatfrage**, die sich der Ueberprüfung durch das Bundesgericht entzieht, es sei denn, die Beweiswürdigung sei willkürlich oder offensichtlich aktenwidrig. Dies hat zur Folge, dass die konkrete Sorgfaltspflichtverletzung vor Bundesgericht in der Regel nicht mehr gerügt werden kann.
- Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Vergütung aufgrund einer gefälschten Zahlungsanweisung zwar keine Anweisung des Namensträgers, aber dennoch gültige Erfüllung des Grundvertrages zwischen der Bank und dem Kunden. Darauf wird später genauer einzutreten sein.
- Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfen nach der älteren Rechtsprechung eine Klausel enthalten, die dem Bankkunden das Risiko einer Zahlung aufgrund eines gefälschten Auftrages auferlegt, sofern sie OR 100 I genügt. In neuester Zeit ist in diesem Bereich eine Aenderung der Rechtsprechung eingetreten ³⁸⁷.

Wie im Verlaufe der Rechtsprechungsanalyse mehrmals gezeigt werden kann, drehen sich die Argumente im wesentlichen um diese Gesichtspunkte. Zur Ver-

386

Erw. 6d

387

Vgl. BGE 112 II 454 f, Erw. 3a, S. 107

deutlichung der Vielfältigkeit der Fallkonstellationen wird dennoch auf weitere Entscheide näher eingegangen.

B SEM. JUD. 94 (1972) 33 FF

I. SACHVERHALT

Ein Franzose unterhielt bei der SBG-Genf ein Kontokorrent, über das er mit Checks verfügen konnte. Dem Vertrag lag die übliche Freizeichnungsklausel zugrunde.

Nachdem der Kunde sein Auto unverschlossen auf einem Privatparkplatz in Marseille mehrere Tage stehen gelassen hatte, wurden aus dem Handschuhfach Pass und Hausschlüssel gestohlen. Mit dem Schlüssel wurde bei ihm zuhause eingebrochen und das Checkheft aus dem Safe gestohlen. Der Diebstahl des Passes und der Schlüssel wurde erst bemerkt, als auch das Checkheft gestohlen worden war.

Zwei gefälschte Checks wurden kurz hintereinander eingelöst und dem Kontoinhaber belastet.

II. URTEIL

Die erste Instanz kam zum Schluss, dass für den ersten Check die Bank kein Verschulden treffe, beim zweiten jedoch ein leichtes Verschulden der Bank vorliege, welches aber, da ein Mitverschulden des Kontoinhabers vorliege, nur zur Hälfte ins Gewicht falle.

Die zweite Instanz (Cour de Justice de Genève) verneinte ein Einstehenmüssen der Bank.

III. BEGRÜNDUNGEN DER GERICHTE

Bezüglich der Anwendbarkeit der Freizeichnungsklausel ging die erste Instanz davon aus, dass OR 100 II, resp. OR 101 III zur Anwendung gelangten, die es dem Richter gestatteten, eine Freizeichnungsklausel auch dann für ungültig zu erklären, wenn die Haftung nur für leichtes Verschulden wegbedungen sei,

sofern es sich bei der wegbedingenden Vertragspartei um ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe handle.

Die Appellationsinstanz verneinte i.S. der h.L. die Anwendbarkeit von OR 100 II und OR 101 III, der im übrigen nicht unbesehen OR 100 II gleichgesetzt werden dürfe.

Was die Anforderungen an die einzelnen Sorgfaltspflichten betrifft, ging die Appellationsinstanz - wie die Vorinstanz - davon aus, dass der Kontoinhaber sich als Verschulden anrechnen lassen müsse, dass er in Marseille Pass und Schlüssel im offenen Auto im Handschuhfach habe liegen lassen und somit den Einbruch zuhause und die nachfolgenden Fälschungen überhaupt erst ermöglicht habe.

Der Bank hingegen könne nur ein leichtes Verschulden, das infolge des schweren Selbstverschuldens des Geschädigten irrelevant bleibe, vorgeworfen werden, insofern, als der zweite, wiederum auf ffr. ausgestellte Check, eine im Vergleich zu den früheren Transaktionen auf diesem Konto sehr hohe Summe aufweise und aufgrund des Unterschriftenvergleichs dem Kassier eine Abweichung hätte auffallen müssen.

Allgemein hielt das Gericht jedoch fest, dass an sich der Kunde eher in der Lage sei, eine Fälschung zu vermeiden, die Anforderungen an die Bank bei der Unterschriftenprüfung aber angesichts der schnellen Abwicklung des Checkverkehrs und der Häufigkeit des Checks nicht zu hoch sein dürften. Im übrigen sei in casu die Fälschung gut gelungen, so dass die Abweichung durchaus auch in die normale Schwankungsbreite hätte fallen können.

Allerdings sei im Gegenzug die Bank in der Lage, durch technische Apparate die Unterschrift genauer prüfen zu können, was in casu ja auch geschehen sei.

IV. BEMERKUNGEN ZUR BEGRÜNDUNG

Das Urteil ging von einem beiderseitigen Verschulden aus, wobei dasjenige des Kunden als so schwer betrachtet wurde, dass das Verschulden der Bank nicht mehr adäquat kausal war.

M.E. sind die Ausführungen zur Schriftanalyse sehr genau, soweit dies ohne detaillierte Sachverhaltsprüfung beurteilt werden kann.

Die Ausführungen bezüglich der Anwendbarkeit von OR 100 I oder OR 100 II wer-

den noch genauer abzuklären sein ³⁸⁸.

C BGE 105 II 289

I. SACHVERHALT

Ein kollektivzeichnungsberechtigter Direktor einer AG setzte auf einen Eigenwechsel der Gesellschaft neben seine eigene, echte Unterschrift die von ihm gefälschte Unterschrift des ebenfalls kollektivzeichnungsberechtigten Prokuristen. Bei der Präsentation des Wechsels machte die Gesellschaft geltend, es liege keine gültige Verpflichtung ihrerseits vor.

II. URTEIL

Die AG wird gemäss OR 718 III i.V.m. ZGB 55 II ausservertraglich zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den ein Organ in Ausführung seiner geschäftlichen Verrichtungen verursacht hat.

III. BEGRÜNDUNG DES BUNDESGERICHTS

Eine wechselrechtliche und damit vertragsrechtliche Verpflichtung zur Einlösung des Wechsels bestehe mangels gültiger Willenserklärung der Gesellschaft nicht (OR 997).

Eine ausservertragliche Haftung für die unerlaubte Handlung ihres Organs - die Organqualität des Direktors, sowie dessen Fälschung waren erwiesen - sei zu bejahen, da die Handlung als solche, nämlich das Ausstellen von Wechsel für die AG, gemäss h.L. und Rechtsprechung generell in den allgemeinen Rahmen der Organkompetenz falle.

Das Risiko des Missbrauchs einer Zeichnungsbefugnis sei von der Gesellschaft und nicht vom gutgläubigen Dritten zu tragen.

Ein Selbstverschulden des Nehmers liege nicht vor, da die Banken die Unterschriften formell geprüft hätten, die beiden Unterschreibenden tatsächlich

³⁸⁸ Vgl. BGE 109 II 116, S. 102 f und BGE 112 II 450 ff, S. 106 f

kollektiv zeichnungsberechtigt gewesen wären und die Fälschung - was auch nicht behauptet wurde - nicht sogleich hätte erkannt werden können.

IV. BEMERKUNGEN ZUR BUNDESGERICHTLICHEN BEGRÜNDUNG

Mit der klaren Unterscheidung der vertraglichen und ausservertraglichen Einstandspflichten bei Fälschungen wird den im 2. Teil erarbeiteten dogmatischen Erkenntnissen Rechnung getragen, indem anerkannt wird, dass bei einer Fälschung keine Willenserklärung seitens des Namensträgers vorliegt.

D BGE 108 II 314 FF

I. SACHVERHALT

Durch eine gefälschte Telexmeldung wurde ein gefälschter Vergütungsauftrag angekündigt. Die Vergütung sollte aus einer durch einen gefälschten Check eingegangenen Gutschrift erfolgen. Der Check traf ein und wurde, wie im Brief angewiesen, unter Vorbehalt der Deckung honoriert und auf verschiedene ausländische Konten gutgeschrieben. Ein Teil des Betrages (145'000 Dollar) wurde in der Folge abgehoben und dem Kontoinhaber nach Entdeckung der Fälschung gestützt auf die Freizeichnungsklausel belastet.

Der Kontoinhaber machte geltend, die Belastung sei ungerechtfertigt, es habe gar kein Vergütungsauftrag seinerseits vorgelegen; im übrigen sei er wegen Nichtzulassung seiner Beweisanträge durch die Vorinstanz nicht imstande gewesen zu beweisen, dass die Bank grobfahrlässig gehandelt habe.

II. URTEIL

Teilweise Gutheissung des Begehrens; soweit der Namensträger geltend machte, die Vorinstanz habe ihm die Beweisführung bezüglich des banküblichen Standards bei der Gutschrift 'Eingang vorbehalten' versagt, kam es zur Rückweisung der Klage an die Vorinstanz.

Hingegen wies das Bundesgericht ab, soweit der Kläger geltend machte, es liege gar kein Auftrag vor.

III. BEGRÜNDUNG DES BUNDESGERICHTS

1. Veröffentlichte Erwägungen

Das Bundesgericht nahm - unter wörtlicher Wiederholung der Argumentation von Okcuoglu gegen SBG - an, dass eine gefälschte (An)-Weisung als gültig zu betrachten sei, da sie im Rahmen eines ohnehin bestehenden Rechtsverhältnisses (Kontokorrent) erfolgt sei.

Somit konnte das Gericht sogleich die Frage prüfen, ob die Freizeichnungsklausel in casu zum Tragen komme. Da nicht ausgeschlossen werden konnte, dass die von der Vorinstanz nicht berücksichtigten Beweisanträge bezüglich der Frage der Grobfahrlässigkeit der Bank zu einer anderen Würdigung geführt hätten, wurde die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Unveröffentlichte Erwägungen

In den nicht veröffentlichten Erwägungen wird verneint, dass die Bank ihre Prüfungspflicht beim Checkinkasso grobfahrlässig verletzt habe, da einerseits die Unterschriftsfälschung auch bei sehr gründlicher Prüfung nicht hätte erkannt werden können, andererseits ein von Hand geschriebener Firmencheck, obwohl eher unüblich, keineswegs so unüblich sei, dass zwingend eine Fälschung hätte vermutet werden müssen.

Im Gegenzug - so die Gründe der Rückweisung - hätte die Bank, nachdem sie über die Fälschungen orientiert worden sei, alles unternehmen müssen, um einen weitergehenden Schaden zu vermeiden. Da das Handelsgericht dem Kontoinhaber keine Gelegenheit gegeben habe, hierzu den Beweis der groben Unsorgfalt zu liefern, müsse bei der Neubeurteilung auch dieser Umstand gewürdigt werden.

IV. BEMERKUNGEN ZU BUNDESGERICHTLICHEN BEGRÜNDUNG

Auf die Begründung, es liege dennoch eine Weisung des Namensträgers vor, wird an späterer Stelle genauer einzutreten sein. Es wird deutlich, dass der bei der Unterschriftenprüfung anzuwendende Sorgfaltsstandard vom Bundesge-

richt als Tatfrage behandelt wird, somit im Rahmen der Beweiswürdigung entscheiden wird.

E BGE 109 II 116 FF

I. SACHVERHALT

Eine neu gegründete Aktiengesellschaft (AG) unterhielt ein Kontokorrent bei einer Bank. Die Verwaltungsräte A und C konnten durch Kollektivunterschrift die AG verpflichten. C hob vom Gesellschaftskonto mehr als Fr. 20'000.-- ab, indem er auf Quittungen neben seine echte die von ihm gefälschte Unterschrift von A setzte.

Die Gesellschaft klagte gegen die Bank auf Schadenersatz wegen unsorgfältiger Unterschriftenprüfung.

II. URTEIL

Das Bundesgericht wies die Klage ab, weil der Bank - was allerdings im veröffentlichten Teil des Urteils nicht erwähnt wird - keine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last gelegt werden konnte.

III. BEGRÜNDUNG DES BUNDESGERICHTS

1. Veröffentlichte Erwägungen

Das Bundesgericht befasste sich mit der grundsätzlichen Frage der Voraussetzung und der Zulässigkeit einer Freizeichnungsklausel.

Im konkreten Fall war die grundsätzliche Anwendbarkeit der AGB unbestritten, so dass das Bundesgericht sich darauf beschränken konnte, abzuwägen, ob die Bank allenfalls - infolge der bankengesetzlichen Bewilligungspflicht³⁸⁹ - als obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe i.S.v. OR 100 II aufzufassen sei, wonach die Klausel, die die Haftung auch für leichtes Verschulden wegbedingt, nach

³⁸⁹ BaG 3 I

Ermessen des Richters hätte für nichtig erklärt werden können.

Das Gericht setzte sich eingehend mit den verschiedenen Argumenten der Lehre auseinander, liess jedoch am Schluss die Frage ausdrücklich offen.

2. Unveröffentlichte Erwägungen

In Erw. 1 legt das Gericht - unter ausdrücklicher Berufung auf den Fall Okcuoglu gegen SBG - dar, dass die Zahlungen, obwohl aufgrund gefälschter Zahlungsanweisungen veranlasst, insofern gültig seien, als sie sich auf das durch das Kontokorrent begründete Grundverhältnis stützen könnten.

- In casu sei das Argument der Nichterfüllung ohnehin nicht durchschlagend, da die Fälschungen von einem Organ der AG begangen worden seien, was der AG gestützt auf OR 718 III und ZGB 55 II als eigene Handlung anzurechnen sei.

Das Gericht legt in Erw. 3b dar, dass die Bank die Fälschung nicht schuldhaft nicht erkannt habe: Dadurch, dass die Originalunterschrift eine grosse intraindividuelle Schwankungsbreite aufweise, hätten die angeführten Fälschungsmerkmale von einem Laien - wie die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht verbindlich feststellte - nicht erkannt werden können. Im übrigen habe die Bank intern ihrer Sorgfaltspflicht Genüge getan, indem sie jede der zunächst durch Telecheck geprüften Unterschriften am folgenden Tag durch einen Hauptbuchhalter habe visieren lassen. Ob die Vorinstanz diese Beweise richtig gewürdigt habe, könne das Bundesgericht nicht überprüfen, jedenfalls lägen weder Willkür noch besondere Gründe vor, die eine sorgfältigere Prüfung verlangt hätten.

IV. BEMERKUNGEN ZUR BUNDESGERICHTLICHEN BEGRÜNDUNG

Mit der rechtlichen Qualifikation des Ersatzanspruches als Schadenersatzanspruch und der Ablehnung jeglicher Sorgfaltspflichtverletzung seitens der Bank scheinen die ausführlichen theoretischen Ueberlegungen über die Anwendbarkeit von OR 100 I oder OR 100 II, die dann doch nicht grundsatzmässig entschieden wurden, am eigentlichen Problem vorbeizuschiessen, bleibt es doch dabei, dass - wie BGE 111 II 263 zeigen wird - ein Fehlverhalten, ein Verschulden rechtlich gewürdigt werden muss.

F BGE 111 II 263 FF

I. SACHVERHALT

Ein alleinstehender Mann (M) liess zu, dass verschiedene Zufallsbekanntschaften in seinem Hause wohnten. Zwei dieser Personen (A und B) erhielten einen Hausschlüssel und hatten in dessen Haus überall freien Zutritt, u.a. auch zum Büro, wo sich - ebenfalls frei zugänglich - das persönliche Schreibpapier, der Stempel und die Bankkundenkarte befanden. Zudem erfuhr A, dass M Fr. 100'000.-- auf sein Sparkonto überwiesen wurden. Als M in einer psychiatrischen Klinik weilte, und wiederum Leute in seinem Haus waren, die M nicht kannte, stellte einer der Fremden auf M's Privatpapier eine gefälschte Vollmacht her, versehen mit dem privaten Stempel und einer gefälschten Unterschrift. Damit hob er am nächsten Tag Fr. 90'000.-- ab. M klagte gegen die Bank auf Schadenersatz im Umfang von Fr. 90'000.-- wegen unsorgfältiger Unterschriftenprüfung seitens der Bank.

II. URTEIL

Ohne nähere Stellungnahme ging das Bundesgericht davon aus, dass dem Kunden noch der Erfüllungsanspruch und - entgegen übereinstimmender Parteidarstellung - kein Schadenersatzanspruch offensteht, der durch - in casu unbestrittenermassen gegebenes - Selbstverschulden herabgesetzt werden konnte.

Während die Vorinstanz wegen groben Selbstverschuldens von Seiten M's Schadenersatz nur im Betrag von Fr. 10'000.-- zusprach, erhöhte das Bundesgericht, unter Abwägung des beiderseitigen Verschuldens, den zugesprochenen Ersatzanspruch auf Fr. 45'000.--.

III. BEGRÜNDUNG DES BUNDESGERICHTS

Folgende Erwägungen des Bundesgerichts sind von Bedeutung:

Für M wirkte sich belastend aus, dass er die Uebersicht über die Personen, die in seinem Haus ein und aus gingen, völlig verloren hatte, darüber hinaus, obwohl er

diesen Leuten inzwischen misstraute, seine Büroräumlichkeiten offenliess, wodurch diese nicht nur die privaten Schreibunterlagen und die Bankkarte an sich nehmen konnten, sondern zusätzlich von der Ueberweisung dieses namhaften Betrages Kenntnis erhalten konnten. Letzteres bezeichnete das Bundesgericht als "unverständlich", wodurch das Bundesgericht das Verschulden M's als "nicht leicht" wog³⁹⁰.

Interessanter, da von grösserem allgemeingültigen Wert, sind die Ausführungen bezüglich der Sorgfaltspflichten der Bank, nahm doch das Bundesgericht ein ihr zur Last fallendes Verschulden an:

Es führte bezüglich der besonderen Umstände, die eine genauere Prüfung verlangten, folgendes aus:

- Die Höhe eines von einem privaten Sparkonto abgehobenen Betrages durch einen einzelnen Bevollmächtigten hätte, da nicht alltäglich, eine grössere Legitimationsprüfung erfordert.
- Das falsche Datum und die vielen Tippfehler in der Vollmachtsurkunde, insbes. die falsche Schreibweise des Namens, hätten zu einer sorgfältigeren Prüfung Anlass geboten.
- Bezüglich der Unterschrift selbst führte das Gericht aus, dass die schnelle Prüfung durch Telecheck nicht genüge. Weil es sich um eine Pausfälschung gehandelt habe, wäre gemäss Sachverhaltswürdigung der Vorinstanz die Fälschung auch für Laien leicht erkennbar gewesen, dies, obwohl die Unterschrift kurz, stark vereinfachend und daher grundsätzlich leichter zu fälschen sei, was das Gericht hingegen für irrelevant hielt.
- Umgekehrt wirke sich für die Bank entlastend aus, dass die Fälschung auf Originalpapier mit Originalstempel ausgefertigt worden sei.

IV. BEMERKUNGEN ZUR BUNDESGERICHTLICHEN BEGRÜNDUNG

Interessant ist die Tatsache, dass die schriftvergleichende Untersuchung, genau den im 2. Teil vorgestellten Methoden folgend, zum ersten Mal mit diesem Gewicht in einem Bundesgerichtsurteil zur Unterschriftenfälschung zum Tragen der Entscheidungsgünde herangezogen wurde.

390 BGE 111 II 267, Erw. 2a

Auffallend ist, dass das Bundesgericht im Prinzip genau die gleichen Punkte des Sachverhaltes als be-, bzw. entlastend würdigte wie die Vorinstanz, aber am Schluss, lediglich pauschal und ohne jede Begründung, eine je hälftige Verteilung des Schadens vornahm, d.h. das beiderseitige Verschulden als gleich würdigte, während die Vorinstanz das Verschulden des Bankkunden gegenüber demjenigen der Bank als neun mal schwerer einstufte.

Im übrigen wurde das Urteil ohne jede Bezugnahme auf irgendwelche Allgemeine Geschäftsbedingungen gefällt.

G BGE 112 II 450 FF

I. SACHVERHALT

Die Söhne eines im Ausland lebenden Kontoinhabers veranlassten - trotz anfänglichen Zögerns der Bank - mittels einer veralteten (nicht gefälschten) Generalvollmacht, die sich jedoch nur auf Dispositionen über in Frankreich befindliches Vermögen bezog, die Ueberweisung namhafter Beträge auf eigene Konten. Aufgrund der politischen Situation im Heimatland des Kontoinhabers war es ihm nicht möglich, rechtzeitig mit der Bank wieder in Beziehung zu treten. Der Kontoinhaber klagte gegen die Bank auf Erstattung der in Nichterfüllung ihrer Vertragsbeziehungen fälschlicherweise überwiesenen Beträge.

Dem Vertrag lagen die üblichen AGB zugrunde.

II. URTEIL

Das Bundesgericht verpflichtete die Bank, die Beträge an den Kontoinhaber zu vergüten - allerdings unter Anrechnung einer evtl. direkten Rückerstattung durch die Söhne -, da die Zahlungen, die sie ohne gültige Vollmacht vorgenommen hatte, als Nichterfüllung des Vertrages Bank - Kunde (in casu depositum irregulare, bzw. Darlehen) zu qualifizieren sind.

III. BEGRÜNDUNG DES BUNDESGERICHTS

Obwohl es sich bei diesem Entscheid um keinen Fälschungsfall handelt,

kommt der bundesgerichtlichen Begründung auch für diese Problematik grundlegende Bedeutung zu:

- Indem die Bank um die konkreten, politisch bedingten Umstände gewusst und deshalb zunächst auch gezögert habe, die Vergütungen vorzunehmen, sei sie nicht gutgläubig gewesen und könne sich deshalb nicht auf eine Anscheinsvollmacht berufen.
- Das Bundesgericht erklärte erstmals deutlich, dass die fraglichen Ueberweisungen **Nichterfüllung** seitens der Bank darstellten und nicht einen Schadenersatzanspruch gegenüber der Bank begründeten.

Die fragliche AGB-Bestimmung, wonach die Bank nur bei grobfahrlässigem Handeln ihrerseits schadenersatzpflichtig werde, könne und müsse - wenn überhaupt - höchstens **analog** angewendet werden: "Du point de vue juridique, les clauses précitées n'ont dès lors pas pour effet, d'exclure ou de limiter la responsabilité contractuelle de l'établissement bancaire, laquelle n'est pas en cause dans cette hypothèse. ... En réalité, elles entraînent un transfert sur la tête du client du risque que la banque doit en principe supporter en cas d'exécution en main d'une personne non autorisée." ³⁹¹ Demzufolge handle es sich bei diesen Bestimmungen um eine Regelung der **Risikoverteilung** und nicht um eine solche der Haftungsbeschränkung.

- Grundsätzlich sei im übrigen davon auszugehen, dass gemäss heute h.L. die Bank als obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe i.S.v. OR 100 II aufzufassen sei, so dass eine AGB-Bestimmung, die die Haftung auch nur für leichtes Verschulden wegbedinge, gemäss Ermessen des Richters für nichtig erklärt werden könne.

Im konkreten Fall rechtfertige sich sowohl die Unterstellung der AGB unter die Prüfungspflicht nach OR 100 II als auch die analoge Anwendung der Haftungswegbedingungsklausel auf einen Tatbestand der Nichterfüllung: "Il n'est pas possible de trancher cette question une fois pour toutes, dans un sens ou dans l'autre, eu égard à la diversité des situations envisageables. La solution du problème réside donc dans l'examen de la clause incriminée au regard de l'ensemble des circonstances du cas concret. De lege lata, l'art 100 al. 2 CO, peut être retenu comme fondement de ce contrôle judiciaire. Il n'est certes pas directe-

391 BGE 112 II 454, Erw. 3a

ment applicable à la stipulation tendant à libérer la banque de son obligation contractuelle de restituer la chose déposée (clause de transfert), car il figure parmi les dispositions relatives aux conséquences de l'inexécution des obligations... . Toutefois, la similitude des situations, qui apparaît de manière évidente si l'on compare l'obligation de restituer dans le dépôt régulier (art. 475 CO) et irrégulier (art. 481 CO), commande ici l'application analogique de cette disposition."

392

- Weiter hielt das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass auch die Frage der Risikoverteilung nur im konkreten Einzelfall möglich und aufgrund einer Wertung der beiderseitigen Interessen vorzunehmen sei.

- Im konkreten Fall stelle sich im übrigen nur die Frage der Anwendbarkeit von OR 100 II, nicht auch von OR 101 III, da die Bank eindeutig durch eines ihrer Organe gehandelt habe.

- Da dem Kunden kein als positive Vertragsverletzung zu wertendes Mitverschulden zur Last gelegt werden könne, das dem Erfüllungsanspruch an sich entgegengehalten werden könnte, habe die Bank aufgrund ihres Verschuldens für die Nichterfüllung einzustehen: "... en négligeant de prendre des précautions élémentaires que son client pouvait attendre d' elle." 393

IV. BEMERKUNGEN ZUR BUNDESGERICHTLICHEN BEGRÜNDUNG

Das Bundesgericht führt mit diesem Entscheid die in BGE 109 II 116 angekündigte Rechtsentwicklung fort, indem die Bank-AGB der Kontrolle gemäss OR 100 II zugänglich gemacht werden.

Gleichzeitig anerkennt das Bundesgericht, dass der Schaden, der aus dem Nichterkennen von Fälschungen oder - wie in casu - von sonstigen Legitimationsmängeln, eine Risikotragung und keinen Schadenersatzanspruch darstellt, der die Bank unabhängig jedwelchen Verschuldens selbst trifft. Damit trägt das Bundesgericht den dogmatischen Erkenntnissen der Lehre Rechnung.

Leider beschränkt das Bundesgericht seine Erläuterungen ausdrücklich auf den konkreten Einzelfall, auf den sie auch ohne weiteres zutreffen, wiegt doch -

392 BGE 112 II 454 f, Erw. 3a
393 BGE 112 II 456, Erw. 3b

obwohl etwas unklar formuliert - das Verschulden der beklagten Bank offensichtlich so schwer, dass ihre Verhaltensweise als grobfahrlässig bezeichnet werden kann ³⁹⁴.

§ 13 AUSLÄNDISCHE PRAXIS

Während in der Schweiz verhältnismässig wenig Fälschungsfälle existieren, ist die Rechtsprechung in Deutschland, insbes. bezüglich Checkfälschungen, sehr umfangreich. Deshalb sollen einige wenige, sachverhaltsmässig interessante Entscheide ebenfalls erläutert werden. Dabei sind v.a. die Massstäbe bezüglich der anzuwendenden Sorgfaltspflichten von Interesse.

A WM 1986, 123

I. SACHVERHALT

Einem Zahnarzt wurde - vermutlich im Clubhaus des Golfclubs - das Checkheft aus der Tasche gestohlen. Der Kontoinhaber bemerkte den Diebstahl erst, als der Kontoauszug die Einlösung eines Inhaberchecks über DM 28'000.-- (Kontostand DM 51'000.--) auswies.

Er klagte gegen die Bank auf die Rückerstattung von DM 14'000.--, unter hälftiger Anrechnung des Selbstverschuldens. Er machte geltend, die Bank habe ihre Sorgfaltspflicht bei der Einlösung des Checks verletzt, da sie weder - infolge der Höhe des Betrages - eine telefonische Rückfrage unternommen, noch vom Einlöser einen Identitätsausweis verlangt habe.

II. URTEIL

Sowohl die Vorinstanz (WM 1985, 1030) als auch der BGH hiessen die Klage gut.

³⁹⁴ Vgl. oben BGE 112 II 456, Erw. 3b

III. BEGRÜNDUNG DES BGH

Unter Berufung auf die h.L. und die ständige Rechtsprechung ³⁹⁵ prüfte die Bank folgende, gleichzeitig zu berücksichtigende Umstände:

- Bezüglich der Unterschriftenprüfung genüge es nach ständiger Rechtsprechung, dass der Check "seinem äusseren Gesamtbild nach den Eindruck der Echtheit erweckt." ³⁹⁶ In casu habe die Bank ihrer Prüfungspflicht genügt, da die Unterschrift in der Bandbreite der Vergleichsunterschriften gelegen habe.
- Hingegen habe die Bank ihre Sorgfaltspflicht verletzt, weil sie beim Aussteller nicht rückgefragt habe, ob der Check gut sei, habe doch der Kunde noch nie einen Check - und erst noch einen Inhabercheck - über einen so grossen Betrag ausgestellt, zumal er, als er einmal ausnahmsweise einen Check über DM 15'000.-- ausgestellt habe, diesen und den Einlöser telephonisch angekündigt gehabt habe.
- Im übrigen seien auch Umstände, die ausserhalb des Checks selbst lägen, soweit sie der Bank bekannt seien, zu berücksichtigen.

B WM 1985, 1032

I. SACHVERHALT

Ein Einzelkaufmann unterhielt ein Girokonto, über das er mit Eurochecks verfügen konnte. Am 30. Juni 1982 teilte er der Bank mit, dass er seine Eurocheckkarte vermisste, worauf ihm später eine neue gegeben wurde. Im Juli 1982 löste ein Unbekannter einen Barcheck über DM 5'800.-- ein, der auf einem der dem Kunden ausgehändigten Eurocheckformular ausgestellt war. Der Check trug die Checkkartennummer nicht und wurde von der Bank ohne Identitätsprüfung und ohne Rückfrage beim Kontoinhaber honoriert. Der Kontoinhaber stellte erst nach Eingang des Kontoauszuges diesen ihm zunächst unerklärlichen Bezug fest, machte aber erst nach einigem Zögern Fälschung geltend.

³⁹⁵ Vgl. beispielsweise NJW 69, 694; WM 1971, 474; WM 1972, 943; WM 1975, 460; insbes. WM 1979, 478; WM 1982, 425; WM 1984, 1173;

³⁹⁶ Weniger streng in den Anforderungen an eine Sorgfaltspflichtverletzung, WM 1975, 480, der WM 1984, 1173 in das Gegenteil verkehrt; WM 1975, 482
WM 1986, 123

Er klagte gegen die Bank auf Rückerstattung der DM 5'800.-- und machte geltend, die Bank sei ihren Sorgfaltspflichten nicht nachgekommen, da sie nicht Verdacht geschöpft habe, obwohl auf dem Check unterschiedliche Schriften verwendet worden seien, die Höhe des Betrages zur Rückfrage hätte veranlassen sollen, die Fälschung hätte erkannt werden können und die Bank ohnehin aus der ihr bekannten Tatsache des Diebstahls der Eurocheckkarte hätte vorsichtiger sein müssen.

II. URTEIL

Die Klage wurde abgewiesen.

III. BEGRÜNDUNG DES OLG HAMM

In grundsätzlicher Hinsicht hielt das Gericht fest, dass zwischen den Parteien ein Giro - und ein Checkvertrag bestand, bei dem nach dispositivem Gesetzesrecht das Fälschungsrisiko durch die Bank zu tragen sei, "...da es bei einem gefälschten Scheck an einer wirksamen Anweisung des Klägers fehlt, so dass die Beklagte den Kläger nicht mit dem Einlösungsbetrag belasten darf und auch keinen Erstattungsanspruch nach § 670 BGB [aus Auftragsrecht] gegen ihn erwirbt." ³⁹⁷

Hinsichtlich der diesbezüglichen Freizeichnungsklausel hielt das Gericht fest: "Die Belastung des Bankkunden mit dem Diebstahls- und Fälschungsrisiko in Ziffer 11 der Bedingungen für Ueberbringer- und Orderschecks ist nach ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur, der sich der Senat anschliesst, mit § 9 Abs. 1 und Abs. 2 Nr.1 AGBG ³⁹⁸ jedenfalls insoweit vereinbar und wirksam, als dem Kunden die Fälschungen zugerechnet werden, die auf in seiner Sphäre liegenden Umständen beruhen, auch soweit ihn kein Verschul-

³⁹⁷ WM 1985, 1033
³⁹⁸ AGBG § 9:

"(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, ..."

den trifft. ... Insoweit liegt keine unangemessene Benachteiligung der Bankkunden vor, da die Fälschung einer Unterschrift auf einem ihnen abhanden gekommenen Scheckformular ihrer Risikosphäre zuzurechnen ist." ³⁹⁹

Bezüglich der Anforderungen an die Unterschriftenprüfung selbst, hielt das Gericht die auch in WM 1986, 123 erwähnten Standards fest, wies aber darauf hin, dass schon die echten Unterschriften im Vergleich zu der hinterlegten Vergleichsunterschrift erhebliche Unterschiede aufwiesen, so dass die Abweichungen in der umstrittenen Unterschrift keineswegs hätten auffallen müssen.

Die übrigen Punkte, wie fehlende Checkkartennummer, verschiedene Schriften auf einem Check und Höhe des Betrages seien nicht auffällig gewesen, so dass die Bank keine besonderen Vorsichtsmassnahmen hätte treffen müssen.

IV. BEMERKUNGEN

Soweit die Prüfung der einzelnen Sorgfaltspflichten im Raume steht, bleibt das Urteil im Rahmen des Standards der h.L. und Rechtsprechung.

Interessanter sind die grundlegenden Ueberlegungen zur rechtlichen Qualifikation eines gefälschten Checks, bzw. zur Vereinbarkeit einer AGB-Klausel, die die Haftung der Bank auf eigenes ursächliches Verschulden beschränkt, mit den Bestimmungen des deutschen AGB-Gesetzes.

Auf die Begründung wird später genauer einzutreten sein.

C TAI HING COTTON MILL LTD VS. LIU CHONG HING BANK LTD (1985) 2 ALL E.R. 947

I. SACHVERHALT

Ein Angestellter einer Gesellschaft fälschte über Jahre hinweg deren Checks, indem er die Unterschrift des zeichnungsberechtigten Verwaltungsrates nachahmte. Erst als ein neuer Angestellter eingestellt wurde, wurden die Fälschungen entdeckt; insbes. unterblieb zuvor eine Entdeckung, obwohl die Gesellschaft verpflichtet gewesen wäre, die monatlichen Bankauszüge zu prüfen.

³⁹⁹ WM 1985, 1033

II. URTEIL

Gemäss herrschender englischer Lehre ist das Fälschungsrisiko - mangels ausdrücklicher Vertragsbestimmungen - von der Bank als Geschäftsrisiko zu tragen.

III. BEGRÜNDUNG

Zwischen Bank und Kunde beständen vertraglich und ausservertraglich lediglich die 'normalen Sorgfaltspflichten'.

Da ein gefälschter Check kein Check des Kunden sei, habe die Bank kein Recht - aus Vertrag - das Konto des Kunden zu belasten; vielmehr gehöre das Fälschungsrisiko zu ihrer Geschäftstätigkeit. Auch bestehe keine Notwendigkeit der Anerkennung eines anderslautenden stillschweigenden Vertragsbestandteiles. Nur bei Kenntnis der Fälschung habe der Kunde die Pflicht, die Bank zu warnen: "The business of banking is the business not of the customer but of the bank. They offer a service, which is to honour their customer's cheques when drawn on an account in credit or within an agreed overdraft limit. If they pay out on cheques which are not his, they are acting outside their mandate and cannot plead his authority in justification of their debit to his account. This is a risk of the service which it is their business to offer. ... Offered such a service, a customer must obviously take care in the way he draws his cheque, and must obviously warn his bank as soon as he knows that a forger is operating the account." 400

Dies gelte auch, wenn die Fälschung durch einen Angestellten des Kontoinhabers begangen worden sei, bestehe doch keine weitergehende Sorgfaltspflicht des Kontoinhabers (= "no wider duty"), beispielsweise bezüglich der Ueberprüfung der Ehrlichkeit von Angestellten, in dem Sinne, dass deren Fälschungen in der Sphäre des Kunden liegen würden.

Im übrigen sei es auch billig, die Bank einstehen zu lassen, sei doch das Fälschungsrisiko bei ihrem Geschäftsvolumen marginal, während es für einen einzelnen Kunden einen schweren Schaden bedeuten könne: "The truth is that the number of cases where bankers sustain losses of this kind are infinitesimal in

comparison with the large business they do, and the profits of banking are sufficient to compensate them for this very small risk. To the individual customer the loss would often be very serious; to the banker it is negligible." 401

IV. BEMERKUNGEN

Selbstverständlich können die Ausführungen zum englischen Recht nicht einfach übernommen werden.

Aber die grundsätzlichen Überlegungen zum Verhältnis Bank - Kunde haben auch für die Schweiz ihre Bedeutung und werden v.a. bei der Diskussion um die Zulässigkeit der AGB-Bestimmungen über die Haftung der Bank nur im Falle von Grobfahrlässigkeit aktuell.

Auffallend ist jedoch, dass die englischen Gerichte nicht davor zurückschrecken, klipp und klar Stellung zu beziehen, wer warum welches Risiko zu tragen hat, und nicht über irgendwelche dogmatischen Feinheiten zu einem Urteil zu gelangen versuchen, das vom Ergebnis her evtl. gerechtfertigt scheinen mag, aber durch begriffsjuristisch anmutende Auslegungsprinzipien zustande gekommen ist.

401 (1985) 2 All E.R. 957, Lord Scarman

2. KAPITEL UNTERSUCHUNG DER FÄLSCHUNGSPROBLEMATIK BEI 'BANKVERTRÄGEN'

Im folgenden Paragraphen geht es darum, ohne abschliessende juristische Würdigung der Rechtsprechung, diejenigen Punkte auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, die in der Rechtsprechung immer wieder zu heftigen Diskussionen Anlass boten.

In den darauffolgenden Paragraphen wird zuerst der Girovertrag und die Risikoverteilung zwischen den Parteien untersucht. Dann werden die Besonderheiten bezüglich der oft in die Diskussion miteinbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen erläutert, um dann eine abschliessende Würdigung der Ergebnisse vorzunehmen.

§ 14 DIE KERNPROBLEME IN DER DARSTELLUNG DER RECHTSPRECHUNG ZUR UNTERSCHRIFTENFÄLSCHUNG

A FALLGRUPPENBILDUNG

I. HÄUFIGSTE FALLGRUPPEN

Soweit die Rechtsprechung überblickt werden kann, treten im Bankverkehr hauptsächlich folgende Sachverhaltssituationen auf, bei denen Fälschungen eine wesentliche Rolle spielen:

- Unterschriftsfälschung auf Checks, wobei Unterfälle insoweit auftreten können, als zugleich eine Verfälschung - in der Regel bezüglich des Betrages - oder gar eine Totalfälschung des Checks vorliegt.
- Gefälschte Unterschrift auf dem Formular einer Einzeldisposition ⁴⁰² im Rahmen eines Girovertrages.
- Fälschung der zweiten Unterschrift bei Kollektivzeichnungsbefugnis.

⁴⁰² Der konkrete Akt der bargeldlosen Zahlung soll zunächst neutral 'Einzeldisposition' genannt werden.
Wird er in Abgrenzung zu anderen Dispositionsmöglichkeiten erwähnt, wird bereits der nachfolgend unter B aus der uneinheitlichen Terminologie übernommene Begriff 'Ueberweisungsauftrag' verwendet.

- Herstellen einer Vollmachtsurkunde, die über eine bestehende Vertretungsmacht täuschen soll, indem dazu die Unterschrift des vermeintlich Vertretenen gefälscht wird ⁴⁰³.

II. GEMEINSAMKEITEN DER FALLGRUPPEN

Unterschriftenfälschungen im Rahmen des Bankverkehrs können grundsätzlich bei jedem schriftlich abgewickelten Bankgeschäft auftreten. Die Fälle, die aufgrund der vorangestellten Gerichtspraxis innerhalb dieser Arbeit besonders interessieren, haben - untechnisch gesprochen - die Gemeinsamkeit, dass sie im Rahmen von 'Einzeldispositionen' über ein schon bestehendes, dem Zahlungsverkehr ⁴⁰⁴ dienendes Konto, i.d.R. ein Girokonto ⁴⁰⁵, auftreten.

Fälschungen haben im Bankverkehr die Konsequenz, dass mittels einer der möglichen Arten von Einzeldispositionen, hauptsächlich 'Ueberweisungsauftrag' und Check ⁴⁰⁶, Geldbeträge direkt oder indirekt an den Fälscher geleitet werden oder, dass Dispositionsberechtigungen durch gefälschte Vollmachtsurkunden oder Zweitunterschriften vorgetauscht und missbraucht werden.

Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der einzelnen Dispositionsart ⁴⁰⁷ bewirkt die Fälschung, dass die Bank, die aufgrund einer gefälschten Einzeldisposition tätig wird, aus der Sicht des Kontoinhabers an einen Nichtberechtigten,

403 Hierunter sind die wirklichen Fälschungen zu verstehen, nicht die ähnlich gelagerten Fälle von Handeln unter fremdem Namen und Blanketmissbrauch. Diese Fälle werden, obwohl dies in der dogmatischen Diskussion nicht immer deutlich zutage tritt, über das Stellvertretungsrecht und dessen Missbrauchsregeln entschieden, die aber für Fälschungen nicht geeignet sind.

404 Zahlungsverkehr als einer der drei Hauptbereiche der Banktätigkeit neben der Kreditverschaffung und der Effktengeschäfte.

Vgl. die Einteilung bei ALBISETTI/GSELL, Bankgeschäfte, 1 ff (Bankgeschäfte der Kreditvermittlung), 119 ff (Bankgeschäfte der Zahlungsvermittlung), 159 ff (Effekten- und Börsengeschäfte)

405 Ebenso CANARIS, Bankvertragsrecht: Zahlungswesen, Kreditwesen, Effektenwesen. Girokonto im Gegensatz zu Spar- und Depositenkonti als ein den bargeldlosen Zahlungsverkehr ermöglichendes Konto.

ALBISETTI/GSELL, Bankgeschäfte, 124 ff

GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 232

KLEINER, AGB, 18 f

KLEINER, Automation, SJZ 69 (1973) 146

SCHINNERER/AVANCINI, Bankverträge I, 68 f

406 Weitere Verfügungsarten sind das Lastschriftenverfahren, das Akkreditiv und das Inkassomandat.

Vgl. ALBISETTI/GSELL, Bankgeschäfte, 127 ff

CANARIS, Bankvertragsrecht, 151 ff, RN 300-1101

407 Was noch genauer zu zeigen sein wird, S. 120 ff, insbes. S. 132 ff

i.d.R. an den Fälscher selbst oder seine Mittelspersonen, leistet.

B KOMPLIZIERUNG DER FÄLSCHUNGSPROBLEMATIK INFOLGE BANKRECHTLICHER EIGENHEITEN

Wie im 2. Teil ausführlich dargelegt wurde, stellt sich die Frage des Entstehenmüssens für eine gefälschte Willenserklärung als ein Problem der adäquaten Verteilung des Risikos, sei es im Einzelfall oder bezüglich Fallgruppen.

I. 'GEFÄLSCHTE EINZELDISPOSITION' UND ZUGRUNDELIEGENDER GIROVERTRAG

Die ständige Rechtsprechung zu den gefälschten Ueberweisungsaufträgen⁴⁰⁸ ging davon aus, dass diese 'Aufträge', obwohl gefälscht und daher nicht vom Kontoinhaber herrührend, "... dennoch ihren Grund im Rechtsverhältnis [d.h. der Kontobeziehung] haben, das der Kunde mit der Bank eingegangen war."⁴⁰⁹ Die Konsequenz dieser Argumentation ist, dass die Ausführung eines gefälschten 'Ueberweisungsauftrages' dennoch als Erfüllung, wenn auch als Schlechterfüllung, des zugrundeliegenden Girovertrages angesehen wird⁴¹⁰. Dies ist trotz der Aenderung der Rechtsprechung in BGE 112 II 450 ff, wo von einer (angemessenen) Risikoverteilung ausgegangen wird, zu betonen, da dieser Entscheid weder eine Fälschung noch eine Disposition im Rahmen eines Girovertrages betraf, sondern die Auszahlung an einen Vertreter ohne Vollmacht im Rahmen eines Spar- oder Depositenkontos.

Wie im nächsten Paragraphen zu zeigen sein wird, ist für die Frage der Risikotragung aufgrund einer gefälschten Einzeldisposition v.a. von Bedeutung, dass diese zwar eine selbständige Willenserklärung, zugleich aber eine Konkretisie-

408 Unveröffentlichter BGE vom 25.10.1960 (Okcuoglu gegen SBG)

BGE 108 II 315

BGE 109 II 116, unveröffentliche Erw. 1, allerdings nicht mehr so eindeutig, in casu immerhin noch bejaht, da die Fälschung unbestrittenermassen durch ein Organ der Gesellschaft begangen wurde.

409 Vgl. vorne S. 94, BGE vom 25.10.1960, Erw. 3 (Okcuoglu gegen SBG)

Ebenso BGE 108 II 315 f

Die Ursache dieser pauschalen Begründung liegt darin, dass die dogmatische Einordnung der gegenseitigen Rechte und Pflichten unklar ist.

410 BGE 108 II 316

rung des zugrundeliegenden Girovertrages ist. Das genaue Auseinanderhalten von konkreter Disposition und zugrundeliegendem Girovertrag muss zur Verdeutlichung der dogmatischen Schwierigkeiten beibehalten werden.

II. BANKVERTRÄGE ALS VON ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN GEREGLTE MATERIE

Da faktisch jeder Vertrag zwischen Bank und Kunde durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der betreffenden Bank mitbestimmt wird, bleibt jede der unter I angedeuteten, den dispositiven Gesetzesbestimmungen entsprechende, dogmatisch korrekte Aufschlüsselung der Risikotragungsregeln Theorie, weil in den AGB pauschal jedes Risiko für Legitimationsmängel und Fälschungen auf den Kunden überwältzt wird, sofern nicht die Bank bei der Nichterkennung der Mängel grob schuldhaft gehandelt hat ⁴¹¹.

Daraus ergeben sich, wie die Rechtsprechung zeigt, Argumentationsweisen, die auf verschiedenen Ebenen, vertrags- und wettbewerbsrechtlich, ausgetragen werden.

1. Verstoss einer einzelnen AGB-Bestimmung gegen zwingendes Vertragsrecht

In den Begründungen der Bundesgerichtsurteile wird geltend gemacht, dass die jeweils interessierenden Freizeichnungsklauseln gegen OR 100 verstossen ⁴¹². Während OR 100 I als Schranke der vertraglichen Inhaltsfreiheit unbestrittenermassen anerkannt ist - die fraglichen AGB-Klauseln genügen insgesamt den Anforderungen von OR 100 I -, liegt das Augenmerk des Bundesgerichts und der Lehre auf einer möglichen Anwendbarkeit von OR 100 II. Dieser Absatz sieht im Falle von Haftungswegbedingungsklauseln obrigkeitlich

⁴¹¹ Vgl. dazu statt vieler AGB SBG (Ausgabe 1982) Art. 4:
"Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft."
Etwas vorsichtiger formuliert AGB SKA (Ausgabe 1985) Art. 2:
"Die Bank verpflichtet sich zur gewissenhaften Prüfung der Unterschriften der Kunden und ihrer Bevollmächtigten. Zu einer weitergehenden Legitimationsprüfung ist sie nicht gehalten. Für die Folgen von Fälschungen und Legitimationsmängeln, die sie trotz Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht erkannt hat, trifft sie keine Verantwortung."
⁴¹² Dies ungeachtet der Frage, ob überhaupt eine eigentliche Haftungswegbedingung oder eben eine Risikotragungsregel zur Diskussion steht.

konzessionierter Gewerbe aufgrund von Billigkeitserwägungen eine erweiterte Eingriffsmöglichkeit des Richters vor: "Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, ..., wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt." ⁴¹³ In der neueren Rechtsprechung hat sich die Kontroverse um die Risikotragung bei Unterschriftenfälschungen entsprechend dahin verlagert, ob eine Bank ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe i.S. dieser Bestimmung sei ⁴¹⁴.

2. Allgemeine AGB - Diskussion

Besonders in der Lehre ⁴¹⁵ wird demgegenüber versucht, statt über die in ihrer Anwendbarkeit als Schranke der vertraglichen Risikotragungsregel generell umstrittenen Bestimmung ⁴¹⁶ von OR 100 mit Hilfe allgemeiner Vorbehalte gegenüber AGB, eine Lösung zu finden, wobei die Ueberlegungen daraufhin zielen, dass es einen Unterschied mache, ob ein individuell-konkret ausgehandelter Vertrag eine vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende Risikotragungsregel enthalte, oder ob ganze Branchen durch ähnlich lautende, vorformulierte, einseitig den Vertragsinhalt diktierende Bestimmungen die diesbezüglichen dispositiven Gesetzesbestimmungen ausser Kraft setzten ⁴¹⁷.

⁴¹³ OR 100 II

⁴¹⁴ Eine genauere Analyse dieser Argumente folgt unter § 16, S. 149 ff

⁴¹⁵ Vgl. statt vieler KRAMER, AGB, SJZ 81 (1985) 23 ff, 34 ff
und die ausführliche Literaturangabe unter § 16

⁴¹⁶ Sogar BGE 112 II 450 ff spricht von lediglich analoger Anwendbarkeit.

⁴¹⁷ Vgl. dazu auch Art. 8 des revidierten, noch nicht in Kraft getretenen UWG 'Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen':

"Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder

b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen."

Im Zusammenhang mit den erweiterten Klagemöglichkeiten, UWG 9 und 10

Vgl. auch § 9 des deutschen AGBG, siehe vorne S. 111.

Früher schon STICHER, Kontrolle der AGB als wettbewerbsrechtl. Problem, 110 ff

§ 15 BANKVERTRAGSRECHTLICHE ERFASSUNG DER FÄLLE VON UNTERSCHRIFTENFÄLSCHUNGEN

A DAS BANKKONTO ALS GRUNDLAGE DER GESCHÄFTSBEZIEHUNGEN ZWISCHEN BANK UND KUNDE

I. VORBEMERKUNGEN

Wie vorne ⁴¹⁸ erwähnt wurde, interessieren im Rahmen dieser Arbeit vorwiegend Unterschriftsfälschungen, die im Zusammenhang mit dem Zahlungsverkehr ⁴¹⁹, genauer, dem bargeldlosen ⁴²⁰ Zahlungsverkehr, auftreten und dadurch dessen Fehlentwicklung zur Folge haben.

Es wird deshalb sogleich auf den für den Zahlungsverkehr entscheidenden Grundvertrag, den die Kontoeröffnung und -führung beinhaltenden Giro - (und Kontokorrent)vertrag eingegangen. Ein (allein) die Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltender allgemeiner Bankvertrag wird mit der h.L. abgelehnt ⁴²¹.

⁴¹⁸ § 14 A II, S. 116

Eine Ausnahme stellen BGE 111 II 263 und BGE 112 II 450 ff dar, die die unbefugte Verfügung über ein Spar-, bzw. Depositenkonto betreffen.

⁴¹⁹ Vgl. die Definition bei ALBISETTI/GSELL, Bankgeschäfte, 119: "Unter Zahlungsverkehr versteht man alle Operationen, welche die Erfüllung von Geldschulden durch Hingabe von Geld bezwecken."

⁴²⁰ Im Gegensatz zum Barzahlungsverkehr erfolgt dieser mit sog. Buchgeld (= jederzeit fällige Forderung des Kunden gegenüber der Bank) durch die Mitwirkung von Banken (und der Post), wobei die Mitwirkung in der Zurverfügungstellung von Konten erfolgt, die buchmässig be- und entlastet werden.

ALBISETTI u.A., Handbuch, 129 f

ALBISETTI/GSELL, Bankgeschäfte 124 f

Zur technischen Abwicklung des in- und ausländischen Zahlungsverkehrs vgl. ausführlich LEHMANN, Zahlungsverkehr der Banken, 12 ff, der unter Zahlungsverkehr nur den bargeldlosen Zahlungsverkehr versteht.

⁴²¹ Vgl. dazu ausführlich mit umfassender Literaturangabe CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 1-11

SCHOENLE, Bank- und Börsenrecht, 26 ff, 28

GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 11

II. DEFINITION DES GIROVERTRAGES

Gemäss h.L.⁴²² ist heute⁴²³ unter einem Girovertrag die Eröffnung und Führung eines den bargeldlosen Zahlungsverkehr ermöglichenden Kontos⁴²⁴ zu verstehen, das eine Kontokorrentabrede⁴²⁵ enthält⁴²⁶. Gemäss dieser Definition unterscheidet sich der Girovertrag in Abgrenzung zum Kontokorrentvertrag⁴²⁷, der die Stundung und Abrechnung der gegenseitigen Forderungen während einer bestimmten Rechnungsperiode beinhaltet⁴²⁸, durch ein Geschäftsbesorgungselement⁴²⁹, das sich in der generellen Verpflichtung äussert, die in der Zukunft eintreffenden sogenannten Ueberweisungsaufträge auszuführen⁴³⁰.

Da historisch betrachtet Girovertrag und kaufmännischer Verkehr eine Einheit bildeten, konnte eine Kontokorrentabrede in den Girovertrag inkorporiert werden.

-
- 422 ALBISETTI u.A., Handbuch, 335
ALBISETTI/GSELL, Bankverträge, 124
GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 232
KLEINER, AGB, 18 f
SCHOENLE, Bank- und Börsenrecht, 350 f, 353
CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 300
HELBIG, Giroüberweisung, 14
- 423 Historisch betrachtet, diente das Girokonto der bargeldlosen Zahlung mittels Wechsel und Check, womit der Lehrmeinungsstreit, ob mit der Eröffnung eines Girokontos automatisch ein sog. Checkvertrag abgeschlossen wird oder nicht, erklärt werden kann. Jedenfalls war der Girovertrag ein Vertrag des kaufmännischen Verkehrs. Vgl. dazu ausführlich SCHULTHESS, Girovertrag, 4 ff, 34 ff, insbes. 50 f, der aber festhält, dass jede vertrauenswürdige Person, nicht nur ein Kaufmann, ein Girokonto beantragen dürfe.
- 424 KLEINER, AGB, 19, nimmt eine begriffliche Trennung von Konto und Kontokorrent vor.
Anders EMCH/RENZ, Bankgeschäft, 117: "Unter dem Konto, oder besser Kontokorrent, versteht man eine vertraglich vereinbarte laufende Rechnung, in welcher der mit der Kontoführung Beauftragte (in unserem Fall die Bank) alle aus der Geschäftsverbindung mit dem Kunden laufend entstehenden, wechselseitigen Forderungen einträgt." [und periodisch saldiert].
Vgl. auch OR 117
- 425 GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 226
KLEINER, AGB, 80 ff
SCHULTHESS, Girovertrag, 48 f, 110 ff, der sich für eine strikte Auseinanderhaltung der beiden Verträge ausspricht.
- 426 Andere Konti, wie Depositen- oder Sparkonti haben primär Verwahrungs- oder speziell geschützten Darlehenscharakter (BaG 15).
EMCH/RENZ, Bankgeschäft, 166 f
GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 89
KLEINER, AGB, 18
- 427 Kontokorrentvertrag und Kontokorrentabrede werden in der Literatur gleichbedeutend verwendet.
- 428 GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 226
- 429 KLEINER, Devisen-Schuldrecht, N 13.05
- 430 MOESCHEL, Fehlerhafte Banküberweisung, JuS 1972, 297

Heute wird davon ausgegangen, dass es sich um zwei Verträge handelt, die gleichzeitig abgeschlossen werden ⁴³¹.

Für den Zweck dieser Arbeit kann davon ausgegangen werden, dass Girovertrag und Kontokorrentabrede einander gegenseitig bedingen ⁴³² und dass beide Verträge gleichzeitig gegeben sind.

III. RECHTLICHE QUALIFIKATION DES GIROVERTRAGES

Im schweizerischen Recht wird der Girovertrag gemäss h.L. und Rechtsprechung als einfacher Auftrag i.S. von OR 394 ff verstanden ⁴³³, während der damit zusammenhängende Kontokorrentvertrag als Innominatkontrakt ⁴³⁴ mit stark auftragsrechtlichen Elementen aufgefasst wird ⁴³⁵.

-
- 431 SCHULTHESS, Girovertrag, 4 ff, 47 ff
- 432 KLEINER, AGB, 80 f
GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 232, hält das eine ohne das andere für sinnlos.
HELBIG, Giroüberweisung, 6
KLEINER, AGB, 79
VON DER CRONE-SCHMOCKER, Checkinkasso, 41
MOESCHEL, Fehlerhafte Banküberweisung, JuS 1972, 299
- 433 GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 234
HELBIG, Banküberweisung, 31
KLEINER, AGB, 20
Ebenso SCHULTHESS, Girovertrag, 119 f, schon unter der Herrschaft des aOR
Unveröffentlichter BGE vom 25.10.1960 (Okcuoglu gegen SBG), Erw. 2
BGE 108 II 315 f (sinngemäss)
BGE 109 II 116, unveröffentlichte Erw. 1
Deutlich BGE 110 II 284: "Die Parteien haben einen Girovertrag mit Kontokorrentabrede geschlossen, der den Bestimmungen über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff OR) untersteht."
BUCHER, OR besonderer Teil, 160
HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 9
Für die rechtlichen Beziehungen zwischen Bank und Kunde allgemein, sofern kein spezieller Vertrag vorgeht, DESSEMONTET, contrats de service, ZSR 106 (1987) II 116
- 434 GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 226 f
KLEINER, ABG, 80 ff, unter ausführlicher Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehrmeinungen
- 435 VON DER CRONE-SCHMOCKER, Checkinkasso, 41
Die rechtliche Qualifikation ist insofern von untergeordneter Bedeutung, als auch bei einer Qualifikation als Innominatkontrakt gemäss der vom Bundesgericht vertretenen Absorptionstheorie grundsätzlich Auftragsrecht zur Anwendung kommt.
Vgl. SCHLUEP, Innominatverträge, SPR VII/2, 801 f
Zur Diskussion um den numerus clausus der gesetzlich geregelten Verträge auf Arbeitsleistung, vgl. BGE 104 II 110 f, der aber durch die Entscheide BGE 109 II 462 ff und BGE 110 II 380 ff (beide allerdings den Architektenvertrag betreffend) insofern wieder gemildert wurde, als gemischte Verträge - aus auftrags- und werkvertraglichen Elementen - auf Arbeitsleistung als mit OR 394 II vereinbar erklärt wurden.

Die Depositen- und Sparkonti unterstehen demgegenüber der Bestimmung von OR 481 (=depositum irregulare), jedoch ist die Terminologie und die Bankpraxis uneinheitlich, da z.T. - je nach Usanz - auch über Depositenkonti der (private) Zahlungsverkehr abgewickelt werden kann ⁴³⁶.

Unbestrittenermassen begründet der Girovertrag ein Dauerschuldverhältnis ⁴³⁷, das seine Konkretisierung mit der Ausführung der einzelnen 'Disposition' erfährt. Da sich die Bank mit Abschluss des Girovertrages generell verpflichtet - sofern sich dadurch ihre Situation nicht verschlechtert -, die in der Zukunft eintreffenden 'Ueberweisungsaufträge' auszuführen ⁴³⁸, sind m.E. die Argumente, die Schluep ⁴³⁹ für die Qualifikation des Checkvertrages als Vertrag sui iuris mit stark werkvertraglichen Elementen anführt, auch für den Girovertrag zu prüfen, da entgegen der 'normalen' auftragsrechtlichen Situation eine Erfolgsbezogenheit des einzelnen 'Ueberweisungsauftrages' beobachtet und entsprechend sanktioniert werden kann ⁴⁴⁰.

Die deutsche Lehre und Rechtsprechung kann, soweit sich die folgenden Ausführungen direkt auf das Auftragsrecht beziehen, nur in begrenztem Masse beigezogen werden, da infolge der gemeinrechtlichen Doktrin der deutsche Gesetzgeber unter 'Auftrag' nur den unentgeltlichen Auftrag i.S.v. § 662 BGB geregelt hat ⁴⁴¹, während der entgeltliche Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB), als der der Girovertrag zu qualifizieren ist ⁴⁴², aus dienst- und werkvertraglichen Elementen besteht ⁴⁴³.

⁴³⁶ Vgl. ALBISETTI u.A., Handbuch, 194 und 602 f

⁴³⁷ Neben den schon erwähnten (vgl. FN 433) schweizerischen Autoren:

HELBIG, Giroüberweisung, 22, 45

GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 37a zu OR 400

In BGE 100 II 370, spricht das Bundesgericht, die deutsche Terminologie übernehmend, auch für die Schweiz vom Girovertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag.

Für das schweiz. Recht scheidet die Subsumption unter den Werkvertrag aus:

GAUCH, Werkvertrag, RN 9

⁴³⁸ Dies ergibt sich, wie unter B, S. 132, zu zeigen sein wird, aus dem Anweisungsrecht (OR 468 III).

GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 425-491, N 2d zu OR 466, N 12d zu OR 468

⁴³⁹ SCHLUEP, Innominatverträge, SPR VII/2, 879 f

⁴⁴⁰ So SCHLUEP, Innominatverträge, SPR VII/2, 879 f: "Der Bezogene haftet insoweit für einen bestimmten Erfolg, als er zur Zahlung verpflichtet ist."

Ebenso CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 315

⁴⁴¹ Zur Abgrenzung vgl. SCHLECHTRIEM, BGB-Kurzkomentar, N 6 f zu Vorbem. zu § 611 BGB

⁴⁴² CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 315 f

HELBIG, Giroüberweisung, 30

SCHOENLE, Bank- und Börsenrecht, 353, 355

Zu den Schwierigkeiten, die sich demzufolge für das deutsche Recht ergeben, vgl.

HAEUSER, Giroverhältnis, in: Gutachten II, 1317 ff, insbes. 1365 ff

Trotzdem wird die deutsche Lehre bei grundsätzlichen Ueberlegungen mitzubetrachten sein.

IV. RECHTE UND PFLICHTEN DER VERTRAGSPARTEIEN AUS DEM GIROVERTRAG

Wird der Girovertrag als einfacher Auftrag qualifiziert, so bestimmen sich die vertraglichen Rechte und Pflichten generell nach OR 394 ff.

1. Gegenstand des Auftrages

Aus der Umschreibung des Girovertrages folgt, dass Gegenstand des Auftrages die Führung eines Girokontos ⁴⁴⁴ und die Abwicklung des über dieses Konto laufenden aktiven (= Ausführen der Ueberweisungsaufträge) und passiven (= Gutschrift der entgegengenommenen Ueberweisungsaufträge) Zahlungsverkehrs ist. Die Bank als Beauftragte übernimmt es, die mit der Bankverbindung anfallenden Geschäfte sorgfalts- und weisungsgetreu *lege artis* auszuführen ⁴⁴⁵, und der Kunde verpflichtet sich, dafür ein Entgelt zu entrichten und die Bank von ihren in seinem Interesse eingegangenen Verpflichtungen zu befreien und allfälligerweise schadlos zu halten ⁴⁴⁶.

Die sehr allgemein gehaltene gesetzliche Umschreibung des Auftrages ⁴⁴⁷ hat zur Folge, dass die einzelnen Pflichten, insbes. diejenigen des Beauftragten, einer Konkretisierung in juristischer und tatsächlicher Hinsicht bedürfen.

⁴⁴³ Ebenso für Oesterreich SCHINNERER/AVANCINI, Bankverträge I, 77 ff
⁴⁴⁴ In der Praxis werden diese Konten unterschiedlich bezeichnet, beispielsweise Salär- oder Privatkonto.
⁴⁴⁵ OR 394 I, OR 398
⁴⁴⁶ OR 394 III, OR 402
⁴⁴⁷ Dies als Konsequenz der gesetzgeberischen Absicht, den Auftrag als Auffangtatbestand für die nicht unter den Arbeits- bzw. Werkvertrag zu subsumierenden Verträge auf Arbeitsleistung zu benutzen, wonach insbes. alle Verträge der sog. 'freien Berufe' über das Auftragsrecht abzuwickeln sind.
Vgl. dazu GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 459
HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 6
GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 8 zu Vorbem. vor OR 394, N 28a zu OR 394

2. Pflichten des Beauftragten aus dem Girovertrag

a) Umschreibung der Pflichten im allgemeinen

aa) In tatsächlicher Hinsicht

Die Bank als Beauftragte ist gehalten, die übernommene Geschäftsbe-
sorgung gemäss Weisungen (OR 397) des Kunden sorgfältig ⁴⁴⁸ auszuführen
⁴⁴⁹.

Was im Hinblick auf den Girovertrag darunter zu verstehen ist, entscheidet sich,
da die Parteien ausser der eigentlichen Kontoeröffnung meist eine ausdrückliche
Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten unterlassen, gemäss Ver-
kehrssitte ⁴⁵⁰ und den zugrundegelegten AGB.

Soll über ein solches Girokonto auch der Checkverkehr ermöglicht werden, so ist
gemäss heute h.L. ein zusätzlicher Vertrag, der sog. Checkvertrag, abzuschlies-
sen ⁴⁵¹.

bb) In auftragsrechtlicher Hinsicht

Da beim Auftrag nur ein sorgfältiges Tätigwerden im Interesse des Auf-
traggebers geschuldet werden kann, scheidet ein Einstehenmüssen für den
Erfolg der auftragsrechtlichen Tätigkeit aus ⁴⁵².

⁴⁴⁸ Daran entzündet sich gemäss h.L. die ganze Problematik um die Haftung aus Unter-
schriftenfälschung. Siehe ausführlich hinten, S. 138 ff, S. 154 ff

⁴⁴⁹ GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 461
NEUENSCHWANDER, Schlechterfüllung, 23
Grundsätzlich auch GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 67a zu OR
395

⁴⁵⁰ KLEINER, AGB, 18 f

⁴⁵¹ Dieser ist gemäss h.L. als Vertrag sui iuris zu qualifizieren.
Ausführlich HABICHT, Checkvertrag und Checkrecht, 14 ff
SCHLUEP, Innominatverträge, SPR VII/2, 878 f
VON DER CRONE-SCHMOCKER, Checkinkasso, 43 ff

⁴⁵² Ist ein Erfolg geschuldet, so liegt ein Werkvertrag, oder allenfalls ein Innominatkon-
trakt, vor.

HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 19 f, 23, der aber OR 398 so auslegt, dass ver-
traglich eine Haftungsverschärfung (beispielsweise auch für Erfolg) vereinbart werden
kann, ohne dass die Auftragsnatur des Vertrages verloren geht.

BUCHER, OR besonderer Teil, 161 f

Für die strikte Trennung aber GAUCH, Werkvertrag, RN 17, 19 f
GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 464

Mit anderen Worten: Die Bank hat vertragsgemäss erfüllt, wenn sie mit aller berufs- und branchenspezifischen Sorgfalt für den Kunden tätig geworden ist, d.h. die einzelnen Dispositionen gemäss Weisungen des Kunden ausgeführt oder entgegengenommen hat, auch wenn der vom Kunden gewünschte Erfolg nicht eingetreten ist ⁴⁵³. Nicht erfüllt ist hingegen, wenn die verlangte und vorausgesetzte Sorgfalt nicht beachtet worden ist ⁴⁵⁴. Diese an sich klare Abgrenzung ist bei den sog. Rechtshandlungsaufträgen oft nicht deutlich erkennbar.

b) Zur Sorgfaltspflicht im besonderen

aa) Allgemeines

Die geschuldete Sorgfaltspflicht ⁴⁵⁵ (OR 398 i.V.m. OR 321e) ist im Einzelfall bezüglich der Pflichtverletzung (= objektive Seite des Verschuldens) und der Schwere des Verschuldens zu konkretisieren ⁴⁵⁶: Einerseits ist durch Wertung zu bestimmen, nach welchem Massstab die geschuldete Sorgfalt des Beauftragten zu messen ist, andererseits steht seit der Kommentierung des Auftragsrechtes durch Gautschi ⁴⁵⁷ die Frage offen im Raum, ob ein festgestellter Verstoß gegen die konkretisierte Sorgfalt eine Vertragsverletzung darstellt - analog der ausservertraglichen Widerrechtlichkeit - ⁴⁵⁸ oder ob unter einer solchen Sorgfaltspflichtverletzung lediglich eine Konkretisierung des Verschuldens, nämlich die Fahrlässigkeit, zu verstehen ist.

453 NEUENSCHWANDER, Schlechterfüllung, 20 f

454 GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 72e zu OR 395

HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 96

NEUENSCHWANDER, Schlechterfüllung, 23

455 Die anderen Pflichten aus Auftragsrecht, insbes. Treuepflicht, Rechnungslegungspflicht, Pflicht zur persönlichen Ausführung des übernommenen Auftrages, werden im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter behandelt.

456 Vgl. die Definition der Fahrlässigkeit bei OFTINGER, Haftpflichtrecht I, 142: "Fahrlässigkeit ist die missbilligende Qualifikation der voraussehbaren Herbeiführung eines Schadens durch mangelnde Sorgfalt."

Diese Definition ist auch für das Vertragsrecht gültig:

GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil II, N 1633

457 GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 21 ff zu OR 398

458 Zur Diskussion im Haftpflichtrecht bezüglich der Lokalisierung der Sorgfaltspflichtverletzung, bzw. des Gefahrensatzes statt vieler: WIDMER, Standortbestimmung, ZBJV 110 (1974) 295, 299 f, 305 ff, insbes. 310

GIGER, Widerrechtlichkeit und Verschulden, FS Hundert Jahre OR, 391

bb) Herrschende Lehre

Die herrschende Lehre ⁴⁵⁹ und Rechtsprechung ⁴⁶⁰ prüft die Verletzung auftragsrechtlicher Sorgfaltspflichten zweifach, einmal unter dem Aspekt der Vertragsverletzung (= Pflichtverletzungselement oder objektive Sorgfalt), dann nochmals als Konkretisierung der Fahrlässigkeit ⁴⁶¹. Prüft sie unter dem Aspekt der objektiven Sorgfaltspflicht, so unterliegt sie dem gleichen Zirkelschluss wie die haftpflichtrechtliche Doktrin bei der Umschreibung der Voraussetzungen der Anwendbarkeit des haftpflichtrechtlichen Gefahrensatzes:

Die Vertragsverletzung, resp. die Widerrechtlichkeit ist gegeben, weil sorgfaltswidrig gehandelt wurde, umgekehrt wird sorgfaltswidrig gehandelt, weil und wenn der Auftrag vertragswidrig ausgeführt wurde, resp. gegen das allgemeine Verbot, niemanden zu schädigen, verstossen worden ist. Mit dieser Argumentationsweise wird der "Anknüpfungstatbestand mit dem Zurechnungskriterium" ⁴⁶² verwischt.

Insbesondere die ältere Lehre ⁴⁶³ geht deutlicher davon aus, dass unter 'Sorgfaltshaftung' nur eine Konkretisierung der Fahrlässigkeit zu verstehen ist ⁴⁶⁴,

-
- 459 BECKER, Berner Kommentar zu OR 184-551, N 1 ff zu OR 398
OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 184-418, N 1 f zu OR 398
GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 461
HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 8, 69, 94 ff, insbes. 96, der aber, obwohl Gautschi widersprechend, die Gefahr der Vermischung von Sorgfaltspflichten und Fahrlässigkeitsmassstab erkennt.
DESSEMONTET, contrats de service, ZSR 106 (1987) II 206
- 460 Bezüglich des Girovertrages im besonderen, unveröffentlichter BGE vom 25.10.1960, Erw. 5b (Okcuoglu gegen SBG)
BGE 108 II 316 f
- 461 Die gleiche Problematik stellt sich auch im Bereich des Arbeitsrechts, auf welches das Auftragsrecht denn auch verweist, bezüglich der Abgrenzung von OR 321a I (Umschreibung der Sorgfalt als Vertragspflicht) und OR 321e I und II (Konkretisierung des Sorgfaltsmasses).
Vgl. dazu REHBINDER, Berner Kommentar zu OR 319-330a, N 1 zu OR 321a, der diesen Artikel aus diesem Grund für eine "gesetzgeberische Fehlleistung" hält.
- 462 WIDMER, Produkthaftung, recht 1986, 55, mit aller Deutlichkeit für den ausservertraglichen Bereich
Ebenso FELLMANN, Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 106 (1987) I 355: "Wer von der objektiven Seite des Verschuldens spricht, verwechselt mithin Massstab und Verschulden."
- 463 BECKER, Berner Kommentar zu OR 1-183, N 59 ff, insbes. N 70 f zu OR 97, N 1 ff zu OR 99; nicht so deutlich im ausservertraglichen Bereich N 38, 59 ff zu OR 41 zur Widerrechtlichkeit, N 87, 89 ff zu OR 41 zum Verschulden
OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 1-183, N 63 ff zu OR 41
BECKER, Berner Kommentar zu OR 184-551, N 1 ff zu OR 398
OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 184-418, N 1 f zu OR 398
- 464 BUCHER, OR besonderer Teil, 166, stellt lakonisch fest: "Ist Sorgfalt Bestandteil der Leistungspflicht, gehört zum Nachweis der Nichterfüllung der Nachweis mangelnder

welche nach den allgemeinen Kriterien von nunmehr OR 321e ⁴⁶⁵ vorzunehmen ist.

cc) Ansicht Gautschis

Gautschi ⁴⁶⁶ teilt die Arbeitsobligationen ein in solche, bei denen ein Leistungserfolg ⁴⁶⁷ und solche, bei denen lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden ⁴⁶⁸ geschuldet wird.

Gemäss unbestrittener Lehre ⁴⁶⁹ liegt letzteres im Auftragsrecht bezüglich der Obligation des Beauftragten vor.

Gautschi folgert daraus, wenn auch nicht immer so deutlich erkennbar, dass jede Verletzung dieser begriffsnotwendigen Sorgfaltspflicht zu einer Vertragsverletzung führt, und zwar unabhängig davon, ob diese Pflichtverletzung schuldhaft verursacht worden ist oder nicht. Das Verschulden ist unabhängig und zusätzlich zur Sorgfaltspflichtverletzung zu prüfen ⁴⁷⁰. Dies hat zur Folge, dass Sorgfaltspflichtverletzungen und damit Vertragsverletzungen auch ohne Verschulden des Beauftragten möglich, vertragsrechtliche Schadenersatzpflichten aber nur im Falle eines Verschuldens gegeben sind ⁴⁷¹.

Sorgfalt, so dass der Nachweis der Unsorgfalt sich praktisch einem Verschuldensnachweis annähert."

465 Gemäss REHBINDER, Berner Kommentar zu OR 319-330a, N 21 zu OR 321e, gilt diese Umschreibung des Sorgfaltsmassstabes ohnehin für alle Bereiche des Zivilrechts.

Ebenso VON TUHR/ESCHER, OR Allg. Teil II, 115 f

466 GIGER, Widerrechtlichkeit und Verschulden, FS Hundert Jahre OR, 386

GAUTSCHI, Nichterfüllung, FS Ottinger, 24 f, 36 f

GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 25a/b zu OR 398

Ebenso NEUENSCHWANDER, Schlechterfüllung, 21 ff

467 PERRIN, Limitation de la responsabilité contractuelle, Sem. jud. 95 (1973) 215

Im französischen Code civil ist diese Trennung gesetzlich verankert worden: 'Obligation de résultat' (C.civ. 1147), beispielsweise die Obligation des Verkäufers auf Lieferung der Sache, des Unternehmers auf Herstellung (und/oder Lieferung) des Werkes

468 'Obligation de moyen' (C.civ. 1137)

469 Siehe vorne S. 125

470 So auch, sich ausdrücklich auf Gautschi berufend, Bezirksgericht Dielsdorf, in: SJZ 79 (1983) 377, die Haftung eines Arztes - somit einen Tatauftrag - beurteilend, wo die Ansicht Gautschis treffend demonstriert werden kann: Stirbt der Patient, nachdem ihn der Arzt lege artis behandelt hat, liegt trotz des Misserfolges richtige Auftragsausführung vor, stirbt der Patient infolge eines Kunstfehlers, begibt der Arzt eine Sorgfaltspflichtverletzung und damit Vertragsbruch, was bei Verschulden zu einer Schadenersatzersatzpflicht führt, da bei Tataufträgen die nachträgliche Geltendmachung von Realerfüllung in der Regel unmöglich ist.

471 OR 398 II i.V.m. OR 321e II

Neuerdings, sich ebenfalls auf Gautschi berufend, LEUENBERGER, Dienstleistungsverträge, ZSR 106 (1987) II 22, 44

dd) Neuere Ansichten, insbes. hinsichtlich der vertraglichen Beziehungen zwischen Bank und Kontoinhaber

Als Reaktion auf BGE 108 II 314 und BGE 109 II 116 nahmen verschiedene Autoren ⁴⁷² zur Frage des Einstehenmüssens für gefälschte 'Ueberweisungsaufträge' Stellung, ohne jedoch die dogmatischen Probleme im Zusammenhang mit der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht ⁴⁷³ restlos geklärt ⁴⁷⁴ zu haben. Einigkeit besteht insoweit, als alle genannten Autoren die bundesgerichtliche Begründung, insbes. diejenige in BGE 108 II 315 f, Erw. 2, scharf kritisieren.

Einzig Weber ⁴⁷⁵ setzt sich dabei vertiefter mit der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichtproblematik auseinander, indem er dem Grundsatz nach Gautschi zustimmt, dass die sorgfältige Auftragsausführung der Vertragsobligation des Beauftragten dem Auftragsrecht immanent ist. Im Unterschied zu Gautschi sieht er in der Sorgfaltspflicht keine zwingende, vorgegebene Grösse, sondern eine der vertraglichen Regelung grundsätzlich zugängliche, konkretisierungsbedürftige Pflicht: "... die Bank und der Kunde vereinbaren [durch eben die fraglichen AGB-Bestimmungen] nämlich erst, wie weit die Sorgfalt der Bank bei der Legitimationsprüfung zu gehen hat." ⁴⁷⁶

Die Grenzen dieser vertraglich geschaffenen Legitimationsordnung, deren grundsätzliche Zulässigkeit aus der wertpapierrechtlichen Legitimationsregelung hergeleitet wird, ergeben sich nach Ansicht Webers aus dem allgemeinen Vertragsrecht und aus dem 'Wesen' des Auftrages als Vertrag, der die Tätigkeit der freien Berufe regelt:

Uebt jemand ein Gewerbe aus, wofür er aufgrund seiner - häufig mit einem staatlichen Fähigkeitszeugnis ausgewiesenen - Spezialkenntnisse beigezogen wird, so darf zur Ermittlung des Sorgfaltsstandards vorausgesetzt werden, dass er

472 HEINI, Entscheidrezension zu BGE 108 II 314, SAG 1984, 37 f
BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 97 ff
WEBER, AGB der Banken, SAG 1984, 150 ff

473 WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 85 ff
Die oben erwähnten Autoren untersuchen auch die Frage der Gültigkeit der diesbezüglichen Freizeichnungsklauseln, worauf unter § 16 genauer einzutreten sein wird.

474 BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 104, hält fest, dass die Frage weiterer dogmatischer Aufarbeitung bedürfe.

Ebenso WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 85

475 WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 88 f

476 WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 89

dazu die nötige Fachkenntnis besitzt und diese auch aufwendet ⁴⁷⁷.

3. Pflichten des Auftraggebers aus dem Girovertrag

a) Entgelt

Unter der Voraussetzung von OR 394 III ist der Auftraggeber verpflichtet, dem Beauftragten für seine Dienste ein Entgelt zu entrichten. Besteht die Tätigkeit des Beauftragten in der Ausübung eines der dem Auftragsrecht unterstellten freien Berufe, so ist die Entgeltlichkeit in Umkehr der gesetzgeberischen Absicht, da üblich, die Regel ⁴⁷⁸.

Der Girovertrag ist als entgeltlicher Auftrag zu qualifizieren; das Entgelt besteht einerseits aus den 'Kommissionen', die für einzelne Geschäfte berechnet werden, andererseits aus der Zurverfügungstellung der Einlage an sich, die die Bank für ihre Geschäftstätigkeit, insbes. durch die Belassung des sog. Bodensatzes, benötigt ⁴⁷⁹.

b) Verwendungsersatz für richtige Erfüllung des Auftrages (OR 402 I)

Wird der Beauftragte weisungsgemäss und sorgfältig handelnd für den Auftraggeber tätig, so schuldet dieser Ersatz für die in seinem Interesse eingegangenen Verpflichtungen und Auslagen. Voraussetzung dieses sog. Verwendungsersatzes ist demnach, dass der Auftrag **richtig** erfüllt wurde ⁴⁸⁰.

-
- 477 GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 72a, 72c zu OR 395, N 25b zu OR 398
HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 96
NOBEL, Sorgfaltspflicht des Bankiers, FS 50 Jahre Bankenaufsicht, 207 f
PERRIN, Limitation de la responsabilité, Sem. jud. 95 (1973) 216
WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 87
Auch FELLMANN, Verschulden im Deliktsrecht, ZSR 106 (1987) I 359, geht für den vertraglichen Bereich von einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff aus.
- 478 GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 70c, 73b, 74c zu OR 394
HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 59
- 479 KLEINER, AGB, 21
SCHULTHESS, Girovertrag, 117 ff
CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 317
- 480 GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 7a zu OR 402
OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 184-418, N 4 f zu OR 402
BECKER, Berner Kommentar zu OR 184-551, N 2 zu OR 402
HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 64 f

c) Schadloshaltung des Beauftragten (OR 402 II)

Gemäss OR 402 II hat der Auftraggeber, "dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden" einzustehen, sofern ihm der Nachweis der Schuldlosigkeit nicht gelingt.

Im einzelnen ist die Lehre über die Tragweite dieses Artikels gespalten:

Während Gautschi nur den aus richtiger Auftragsausführung kausal entstandenen Schaden als Anspruchsgrundlage gelten lassen will ⁴⁸¹, übernimmt die h.L. die gemeinrechtliche Unterteilung in *damnum ex causa mandati* (= Schaden aus der Ausführung des Auftrages) und *damnum ex occasione mandati* (= Schaden anlässlich des Auftrages) und gewährt nur im ersten Fall einen Schadenersatzanspruch ⁴⁸², wobei aber eingeräumt wird, dass die Abgrenzung *damnum ex causa mandati* und *damnum ex occasione mandati* ⁴⁸³ – wie auch die Abgrenzung zum Verwendungsersatz ⁴⁸⁴ – schwierig sein könne.

4. Zwischenergebnis

Aus den unterschiedlichen dogmatischen Standpunkten innerhalb des Auftragsrechts sind die Schwierigkeiten zu erklären, die im Zusammenhang mit der Frage der Risikotragung bei durch gefälschte Unterschriften veranlassten Dispositionen auftreten.

Da bezüglich der gefälschten konkreten Einzeldisposition ebenfalls unterschiedli-

481 GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 37d zu OR 400, N 21a/b zu OR 402

Neuerdings auch das Bundesgericht, zitiert bei NOBEL, Sorgfaltspflicht des Bankiers, FS 50 Jahre Bankaufsicht, 211

Ebenso BGE 110 II 285

482 HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 68

BECKER, Berner Kommentar zu OR 184-551, N 9 f zu OR 402

OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 184-418, N 10 ff zu OR 402

HUERLIMANN Peter, Einlösung falscher und verfälschter Checks, 112 ff, mit weiteren Hinweisen

Vgl. auch HABERSTICH, Obligationenrecht, 208 f, der für den entsprechenden Artikel 400 des aOR die gleiche Problematik festhält.

483 HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 68

484 OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 184-418, N 4 f und 10 zu OR 402

HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 64

Ausführlich, HUERLIMANN Peter, Einlösung falscher und verfälschter Checks, 107 ff, da vor der Revision des Checkrechts die Ansprüche zwischen Aussteller und Bezogenem direkt nach Auftragsrecht geregelt wurden.

che dogmatische Standpunkte 'zur Auswahl' stehen, wird die Einordnung der Fälschung in den ganzen Fragenkomplex erst im Anschluss an die Darstellung des einzelnen 'Ueberweisungsauftrages' vorgenommen.

B DIE EINZELNE DISPOSITION ÜBER DAS BANKKONTO

I. TERMINOLOGISCHES

In der juristischen wie in der banktechnischen Literatur werden verschiedene, z.T. missverständliche Bezeichnungen für die im Rahmen eines bestehenden Girovertrages vorgenommene Einzeldisposition gleichbedeutend nebeneinander verwendet:

Es wird von Vergütung ⁴⁸⁵, Ueberweisungsauftrag ⁴⁸⁶, Zahlungsauftrag ⁴⁸⁷, Giroüberweisung ⁴⁸⁸, Girozahlung ⁴⁸⁹, Weisung ⁴⁹⁰, Anweisung ⁴⁹¹, Giroanweisung ⁴⁹², Banküberweisung ⁴⁹³ gesprochen, mit der Konsequenz, dass aus der Begriffsbestimmung in keiner Weise direkt auf die Rechtsnatur der Disposition geschlossen werden kann.

II. DER SOGENANNT E ÜBERWEISUNGS AUFTRAG

1. Definition des Ueberweisungsauftrages

Gemäss h.L. und Rechtsprechung stellt der sog. Ueberweisungsauftrag

-
- 485 BGE 108 II 315 f spricht von Vergütungsauftrag.
ALBISETTI/GSELL, Bankgeschäfte, 127
- 486 KLEINER, AGB, 40
SCHINNERER/AVANCINI, Bankverträge I, 69 ff
CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 305, der das ganze Geschäft als Giroüberweisung bezeichnet (RN 300).
- 487 BGE 109 II 116, unveröffentlichte Erw. 1
KLEINER, AGB, 60
- 488 GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 232
HELBIG, Giroüberweisung, 6 ff
SCHOENLE, Bank- und Börsenrecht, 106, 350 ff
- 489 SCHULTHESS, Girovertrag, 143
- 490 KLEINER, AGB, 40
- 491 KLEINER, AGB, 60 f
- 492 SCHULTHESS, Girovertrag, 144 ff
- 493 EMCH/RENTZ, Bankgeschäft, 324
ALBISETTI/GSELL, Bankgeschäfte, 127

die konkrete Disposition im Rahmen des Girovertrages dar, aufgrund derer das Konto des Disponierenden in der Höhe der zu überweisenden Summe belastet wird, um diese dem Konto des Empfängers entsprechend gutzuschreiben ⁴⁹⁴.

2. Rechtliche Qualifikation des Ueberweisungsauftrages

a) Herrschende Lehre und Rechtsprechung

In der h.L. und Rechtsprechung werden die einzelnen Ueberweisungsaufträge gleichzeitig als Weisungen ⁴⁹⁵ i.S.v. OR 397 I und als direkte Anweisung ⁴⁹⁶ i.S.v. OR 466 qualifiziert, was auch die wahllos nebeneinander verwendeten Bezeichnungen - bald Weisung, bald Anweisung - erklärt ⁴⁹⁷.

M.E. überzeugend legt Helbig ⁴⁹⁸ dar, dass der Ueberweisungsauftrag einerseits eine blossе Weisung im Rahmen des zugrundeliegenden Girovertrages darstellt, aber zusätzlich den gesetzlichen Voraussetzungen der direkten Anweisung (OR 466) entspricht, so dass das Anweisungsrecht ergänzend beizuziehen ist ⁴⁹⁹.

Zusammenfassend hält Helbig fest: "Bei der Giroüberweisung ist aber das Auftragsverhältnis, der Girovertrag als Dauerauftrag, das grundlegende Verhältnis und die Erteilung der Anweisung, zu deren Annahme und Vollziehung die Bank

-
- 494 Je nach Anzahl der dazwischenliegenden Stellen wird von Haus-, Filial- oder Kettenüberweisung gesprochen, was v.a. für allfällige Rückabwicklungen von Bedeutung ist. Vgl. dazu GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 232, 234 ff
HELBIG, Giroüberweisung, 9 f
CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 305 ff
- 495 HEFERMEHL, Rechtsfragen des Ueberweisungsverkehrs, FS Möhring, 381
GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 234
HEINI, Entscheidung zu BGE 108 II 314, SAG 1984, 37
KLEINER, AGB, 40
Unveröffentlichter BGE vom 25.10.1960 (Okcuoglu gegen SBG), Erw. 3, 5a
- 496 KLEINER, AGB, 41
GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 234
GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 47a zu OR 394, N 37a zu OR 400
GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 425-491, N 11b zu OR 468
- 497 So beispielsweise in BGE 108 II 315 f
- 498 HELBIG, Giroüberweisung, 45
- 499 Für die Schweiz: OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 419-529, N 28 zu OR 466
In der deutschen Lehre wird der Ueberweisungsauftrag als Anweisung i.w.S. verstanden, was aber nichts an der zugrundeliegenden Problematik ändert:
CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 320 ff
CANARIS, Bereicherungsausgleich, FS Larenz, 800 f
CANARIS, Bargeldloser Zahlungsverkehr, WM 1980, 354 f
HASSOLD, Leistung im Dreipersonenverhältnis, 33 f
MOESCHEL, Fehlerhafte Banküberweisung, JuS 1972, 298

verpflichtet ist, nur eine konkretisierende Weisung." ⁵⁰⁰

b) Abweichende Meinung

Weber ⁵⁰¹ versteht die einzelne Ueberweisung als selbständigen Auftrag, der zwar aus dem zugrundeliegenden Girovertrag erklärbar ist, aber ein eigenständiges rechtliches Schicksal hat.

c) Konsequenzen der juristischen Doppelnatur des Ueberweisungsauftrages

Wird der Ueberweisungsauftrag als Weisung innerhalb eines Auftragsverhältnisses, als direkte Anweisung i.S.v. OR 466 ff oder als selbständiger Vertrag bezeichnet, so bedeutet das, dass der gleiche Sachverhalt unter verschiedenen Aspekten betrachtet wird:

Im ersten Fall steht sein Verhältnis im Hinblick auf den zugrundeliegenden Girovertrag ⁵⁰² zur Diskussion, im zweiten Fall die abstrakte Ermächtigung ⁵⁰³ zur Zahlung an einen Dritten, und im dritten Fall wird er als erneuter Abschluss eines Vertrages innerhalb eines Rahmenvertrages betrachtet ⁵⁰⁴.

Unabhängig von jeder dogmatischen Qualifikation besteht der Ueberweisungsauftrag letztlich aus einer 'normalen' rechtsgeschäftlichen **Willenserklärung** ⁵⁰⁵,

-
- ⁵⁰⁰ HELBIG, Giroüberweisung, 45 f
G.M. GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 234
CANARIS, Bargeldloser Zahlungsverkehr, WM 1980, 357
- ⁵⁰¹ WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 88
- ⁵⁰² So insbes. die vergrößernde Darstellung in der Rechtsprechung:
Unveröffentlichter BGE vom 25.10.1960 Erw. 3 (Okcuoglu gegen SBG)
BGE 108 II 315 f
und bei KLEINER, AGB, 40
- ⁵⁰³ Zur Rechtsnatur der Anweisung als Doppelermächtigung vgl.:
Für die Schweiz OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 419-529, N 9 ff zu OR 466
A.A. GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 425-491, N 3a zu Vorb. vor OR 466, der die Anweisung als Vertrag! versteht.
Für Deutschland CANARIS, Bereicherungsausgleich, FS Larenz, 805 ff
CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 322 f
HASSOLD, Leistung im Dreipersonenverhältnis, 17 ff
- ⁵⁰⁴ WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 88
- ⁵⁰⁵ GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 2b zu OR 397
GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 425-491, N 2c zu OR 466
GUGGENHEIM, Verträge der schweiz. Bankpraxis, 234
GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 462
HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 78
OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 419-529, N 27 f zu OR 466

auf welche die im 2. Teil gemachten theoretischen Ausführungen ohne Einschränkungen zutreffen.

Aus der Abstraktheit der Anweisung ergeben sich keine Besonderheiten, da diese nur das Verhältnis zum jeweiligen Grundgeschäft (Deckungs-, resp. Valutaverhältnis) betrifft, nicht aber Einwendungen aus der Anweisung selbst ausschliesst, die - analog den wertpapierrechtlichen Einwendungen - bestehen bleiben ⁵⁰⁶.

M.E. entspricht es der bankvertraglichen Situation am besten, wenn mit der h.L. angenommen wird, der einzelne Ueberweisungsauftrag sei, obwohl Weisung innerhalb des zugrundeliegenden Girovertrages, direkte Anweisung i.S.v. OR 466 ff, da nichts für einen erneuten Vertragsschluss spricht, die anweisungsrechtliche Konstruktion sich aber geradezu aufdrängt, unterstehen doch die übrigen Rechtsgeschäfte im Rahmen der Disposition über das Bankkonto ebenfalls direkt oder indirekt dem Anweisungsrecht ⁵⁰⁷.

C DIE FÄLSCHUNG EINER EINZELDISPOSITION INNERHALB DES GIROVERTRAGES

Aufgrund der vorherigen Darstellung ⁵⁰⁸ der unterschiedlichen dogmatischen Standpunkte bei der Analyse der vertragsrechtlichen Beziehungen zwischen Bank und Kunde ist es nicht überraschend, dass je nach Optik eine unterschiedliche dogmatische Konstruktion für Leistungen der Bank aufgrund gefälschter Einzeldispositionen gewählt werden muss.

Die unterschiedlichen Argumentationsweisen, die sich als Folge der Argumentation auf verschiedenen Ebenen ergeben, sollen in den folgenden Ausführungen auseinandergehalten werden.

HELBIG, Giroüberweisung, 46

CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 321

HASSOLD, Leistung im Dreipersonenverhältnis, 21

506 OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 419-529, N 5 zu OR 468 unter Bezugnahme auf N 15 zu OR 466

Zu den Einwendungen im Wertpapierrecht, vgl. JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 139, 176 zu OR 966; N 7, 18, 27, 48, 102 zu OR 979

HASSOLD, Leistung im Dreipersonenverhältnis, 22 f

507 So deutlich bei Wechsel, Check, Akkreditiv, Lastschriftverfahren. Für die Anweisung an Ordre: OR 1147

Vgl. VON BUEREN Bruno, OR bes. Teil, 319 ff

508 § 15 A, B

Dabei soll zuerst die rechtliche Situation ohne Bestehen irgendwelcher vertraglicher Absprachen, seien sie individuell-konkret ausgehandelt oder durch AGB vorformuliert, untersucht werden.

I. VORBEMERKUNGEN

1. Dreiparteien-Verhältnis

Trotz der seltenen Einigkeit von Lehre und Rechtsprechung darüber, dass ein gefälschter Ueberweisungsauftrag keine Willenserklärung des Namens-trägers sein kann, tritt die an sich klare Rechtsfolge aufgrund dieser Nicht-Willenserklärung im Recht der Banküberweisung nur mehr in verschleierte Weise zutage. Je nach dogmatischem Standpunkt werden die unterschiedlichsten Begründungen herangezogen, um der einen oder anderen Partei eine Einstandspflicht auferlegen zu können, wobei i.d.R. unklar bleibt, ob die Einstandspflicht aus Argumenten hinsichtlich der einzelnen Disposition oder des zugrundeliegenden Girovertrages hergeleitet wird.

Die Komplizierung der Rechtslage liegt grundsätzlich darin begründet, dass es sich um eine Fehlabwicklungsproblematik innerhalb eines Drei - oder Mehrparteienverhältnisses handelt ⁵⁰⁹, (= anweisungsrechtlicher Aspekt) ⁵¹⁰, dass dieses im Normalfall in zwei verschiedene Verträge eingebettet ist - in das Deckungsverhältnis zwischen dem Kontoinhaber (Anweisender) und der angewiesenen Bank, den sog. Girovertrag, und das Valutaverhältnis zwischen dem Anweisen-den und dem Ueberweisungsempfänger, bestehend aus einem beliebigen Vertrag -, und dass durch diese eine Anweisung die beiden zugrundeliegenden Verträge gleichzeitig erfüllt werden sollen ⁵¹¹.

509 Haus- oder Kettenüberweisung. Die Konsequenzen zeigen sich v.a. in bereicherungsrechtlicher Hinsicht.

510 Mit den Konsequenzen aus der Abstraktheit der Anweisung

511 So mind. die heute herrschende deutsche Lehre:

Grundlegend CANARIS, Bereicherungsausgleich, FS Larenz, 814 ff

CANARIS, Bargeldloser Zahlungsverkehr, WM 1980, 358 f

HASSOLD, Leistung im Dreipersonenverhältnis, 25 ff

So auch die schweizerische Lehre:

VON BUEREN Bruno, OR bes. Teil, 310

Undeutlicher OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 419-529, N 2, N 9, N 33 zu OR 466

2. Rückabwicklung im Deckungsverhältnis

Die Frage, ob der 'Schaden', neutraler ausgedrückt, die Vermögensverminderung ⁵¹², des Beauftragten infolge der Ausführung eines gefälschten Ueberweisungsauftrages von der angewiesenen Bank oder vom Kontoinhaber zu tragen ist, ist selbstverständlich nur dann von Bedeutung, wenn die Bank vom nichtberechtigten Empfänger den überwiesenen Betrag weder mit Hilfe des Stornorechts ⁵¹³ noch über die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62) ⁵¹⁴ erhalten kann, ansonsten liegt gar kein Schaden vor. Das ist in der Regel dann problemlos rechtlich möglich, wenn der Empfänger des gefälschten Ueberweisungsauftrages hinsichtlich der Gutschrift bösgläubig ist ⁵¹⁵.

II. EBENE DES EINZELNEN ÜBERWEISUNGS-AUFTRAGES

Wird der einzelne gefälschte Ueberweisungsauftrag isoliert betrachtet, so liegt nach den allgemeinen dogmatischen Ausführungen und einhelliger Lehre ⁵¹⁶ und Rechtsprechung ⁵¹⁷ keine Willenserklärung, d.h. kein Ueberweisungsauftrag seitens des Kontoinhabers vor ⁵¹⁸. Anweisender ist der Fälscher. Trotz

512 Dieser Begriff lässt noch offen, ob Verwendungs- oder Schadenersatz, d.h. OR 402 I oder II zur Anwendung kommen.

513 Vgl. zum (umstrittenen) Stornorecht, das grundsätzlich bei Hausüberweisungen immer zulässig ist, gegenüber dem Empfänger bei Kettenüberweisungen sicher dann nicht mehr gegeben ist, wenn der Empfänger von der Gutschrift Kenntnis hat, was sich aus der Abstraktheit der Gutschrift ergibt.

GUGGENHEIM, Verträge der Schweiz. Bankpraxis, 243

MOESCHEL, Fehlerhafte Banküberweisung, JuS 1972, 304

514 KLEINER, AGB, 59, 61

CANARIS, Bereicherungsausgleich, FS Larenz, 801 ff

HASSOLD, Leistung im Dreipersonenverhältnis, 35 ff, 104 ff

515 Eine andere Frage ist, ob das Geld noch vorhanden ist.

516 GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 36b zu OR 398

GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 425-491, N 4a/b zu OR 466

GUGGENHEIM, Verträge der Schweiz. Bankpraxis, 246 f

KLEINER, AGB, 62

THALMANN, AGB im Bankverkehr, Konsumentenschutzrecht 5, 144

BAER, Rechtsprechung 1982, ZBJV 120 (1984) 532

BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 97, 98 Anm. 3, 100

HEINI, Entscheidung zu BGE 108 II 314, SAG 1984, 37

WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 87

517 Unveröffentlichter BGE vom 25.10.1960 Erw. 3 (Okcuoglu gegen SBG)

BGE 108 II 315 Erw. 2

BGE 109 II 116 unveröffentlichte Erw. 1

518 Aus der deutschen Lehre, die sich mit der schweizerischen insoweit deckt:

HASSOLD, Leistung im Dreipersonenverhältnis, 143

MOESCHEL, Fehlerhafte Banküberweisung, JuS 1972, 302

des äusseren Anscheines eines Ueberweisungsauftrages, d.h. einer Anweisung des Kontoinhabers, kann diesem ein solcher Anschein *per se* nicht als Willenserklärung zugerechnet werden ⁵¹⁹.

Dies hat zur Folge, dass die Einstandspflicht, bzw. die Risikotragung der einen oder anderen Partei nur aufgrund des zugrundeliegenden Girovertrages auferlegt werden kann.

III. NICHTERFÜLLUNG DES GIROVERTRAGES INFOLGE AUSFÜHRUNG DER GEFÄLSCHTEN WEISUNG

1. Erfüllung an die falsche Person als Tatbestand der Nichterfüllung im allg. Vertragsrecht

a) Voraussetzungen der richtigen Erfüllung

Gemäss allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen müssen für die richtige Erfüllung folgende Punkte gegeben sein:

Es muss an die richtige Person, am richtigen Ort, zur richtigen Zeit die richtige Leistung erbracht werden ⁵²⁰.

Auf den Girovertrag übertragen heisst das, dass die grundsätzliche Verpflichtung der Bank, nämlich den Zahlungsverkehr des Kunden richtig zu besorgen, dann erfüllt ist, wenn die einzelne Weisung, mit der der Girovertrag konkretisiert und damit bezüglich der einzelnen Disposition erfüllt wird, so ausgeführt worden ist, dass der richtige Empfänger den richtigen Betrag zur richtigen Zeit auf seinem (richtigen) Konto gutgeschrieben erhalten hat. Wird aufgrund einer nicht vom Auftraggeber herrührenden Weisung an eine falsche Person geleistet, liegt Nichterfüllung der Vertragsobligation vor ⁵²¹, und zwar in Form einer generellen

CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 368

SCHOENLE, Bank- und Börsenrecht, 370

519 Vgl. dazu die ausführliche dogmatische Begründung in Teil 2, Kapitel 2, § 11 B II, S. 72 ff

Ausdrücklich für gefälschte Ueberweisungsaufträge:

CANARIS, Bereicherungsausgleich, FS Larenz, 809

CANARIS, Bargeldloser Zahlungsverkehr, WM 1980, 355

CANARIS, Bankvertragsrecht, RN 370 f

520 GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil II, N 1199

GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 205

Unwirksamkeit ⁵²².

b) Rechtsfolgen der Nichterfüllung

Liegt keine Erfüllung vor, ist der Schuldner - unter Hinzukommen der Verzugsfolgen ⁵²³- zur 'nochmaligen' Erfüllung an die richtige Person verpflichtet ⁵²⁴, es sei denn, die nachträgliche Erfüllung sei verschuldet oder unverschuldet unmöglich geworden ⁵²⁵, was bei Verschulden zur Umwandlung des Erfüllungsanspruches in einen Schadenersatzanspruch führt (OR 97 ff), bei vollkommen zweiseitigen Verträgen zusätzlich zu den Rücktrittsmöglichkeiten nach OR 107 ff. Es kann deshalb gesagt werden, der Schuldner trage das Risiko der Erfüllung an die und auf Veranlassung der richtigen Person ⁵²⁶. Dieses Risiko hat der Schuldner hingegen dann nicht zu tragen, wenn die Erfüllung an die falsche Person durch Verschulden des Gläubigers (mit)verursacht worden ist ⁵²⁷.

Bezüglich des Girovertrages hat das folgende Konsequenzen:

Da die Leistung der Bank in einer Geldleistung ⁵²⁸ besteht, kann diese ohne weiteres nochmals erbracht werden, wobei allenfalls, da nachträgliche objektive Unmöglichkeit, i.d.R. auch subjektives Unvermögen bei Geldleistungen ausgeschlossen ist ⁵²⁹, zusätzlich Verzug eintreten kann ⁵³⁰.

-
- ⁵²¹ WEBER, Berner Kommentar zu OR 68-96, N 121 ff zu OR 68
VON TUHR/ESCHER, OR Allg. Teil II, 21 f
GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil II, N 1251, N 1269
GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 206
KELLER/SCHOEBI, Vertragsrecht I, 173, 214
THALMANN, AGB im Bankverkehr, Konsumentenschutzrecht 5, 144
- ⁵²² VON TUHR/PETER, OR Allg. Teil I, 180 f
VON TUHR/ESCHER, OR Allg. Teil II, 21 f
- ⁵²³ GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil II, N 1729 ff
- ⁵²⁴ GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil II, N 1580
- ⁵²⁵ OR 97 ff, OR 119
- ⁵²⁶ Für den Fall der Unsicherheit über die Person des Berechtigten bei Abtretung einer Forderung ist diese Rechtsfolge im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (OR 167, 168).
VON TUHR/ESCHER, OR Allg. Teil II, 21 f
KLEINER, AGB, 22
Ebenso aus legitimationsrechtlicher Sicht JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 45 ff zu OR 966
- ⁵²⁷ VON TUHR/ESCHER, OR Allg. Teil II, 22
- ⁵²⁸ Eine Umwandlung in eine Schadenersatzforderung ist deshalb nur dann von Interesse, wenn das negative Interesse geschuldet werden soll, was aber Rücktritt vom Vertrag durch den Gläubiger voraussetzt (OR 107).
- ⁵²⁹ GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil II, N 1858
- ⁵³⁰ OR 102 ff

2. Uebertragung der Nichterfüllungsregeln auf den Girovertrag?

Es ist offensichtlich, dass die allgemeinen Nichterfüllungsregeln nicht unesehen auf die Frage der endgültigen Schadenstragung innerhalb eines Girovertrages angewendet werden können, da im Gegensatz zu den 'normalen' Konstellationen der Nichterfüllungsregeln die Situation im Falle der Fälschung gleichsam umgekehrt ist: Es geht nicht darum, zu erreichen, dass der Schuldner trotz Nichterfüllung seinen Gläubiger nachträglich, mind. mit einer Schadenersatzleistung befriedigt, sondern um die Frage, ob ein vermeintlich richtig ausgeführter Erfüllungsvorgang, der aber als solcher infolge fehlender Weisung gar nicht gewollt war ⁵³¹, unter dem Aspekt der Risikotragung, bzw. nach dem haftpflichtrechtlichen Grundsatz 'casum sentit dominus' ⁵³², beim Schuldner als 'Schaden' verbleibt, oder ob dieser 'Schaden' unter bestimmten Voraussetzungen auf den Gläubiger überwältzt werden kann ⁵³³.

Da der Girovertrag grundsätzlich als Auftrag zu qualifizieren ist, stehen - unabhängig möglicher vertraglicher Schadenstragungsregeln - die auftragsrechtlichen Ansprüche als *lex specialis*, insbes. diejenigen des Beauftragten nach OR 402, im Vordergrund der Ueberlegungen.

a) Kein Anspruch aus Verwendungsersatz (OR 402 I)

Gemäss h.L. kann im Falle der Erfüllung an die falsche Person kein Anspruch des Beauftragten aus OR 402 I (Verwendungs- und Auslagenersatz) entstehen, da dieser die richtige Ausführung des Auftrages voraussetzt ⁵³⁴.

-
- 531 Dies muss nochmals betont werden, da dieses Moment den grundlegenden Unterschied zu allen Verfälschungs- und Irrtumsfällen macht. Es wird **keine** Weisung als Weisung behandelt und nicht eine an sich gewollte Weisung falsch ausgeführt.
- 532 OETINGER, Haftpflichtrecht I, 33
- 533 So auch BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 97
THALMANN, AGB im Bankverkehr, Konsumentenschutzrecht 5, 145
WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 87
- 534 GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 37c zu OR 400, N 7a/b/c zu OR 402
OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 184-418, N 4 zu OR 402
HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 64
GUGGENHEIM, Verträge der Schweiz. Bankpraxis, 247
BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 100
Für NOBEL, Sorgfaltspflicht des Bankiers, FS 50 Jahre Bankenaufsicht, 210, scheint das selbstverständlich zu sein.

Von einer richtigen Ausführung des Auftrages kann aber bei derjenigen eines gefälschten Ueberweisungsauftrages unabhängig von den unterschiedlichen dogmatischen Standpunkten innerhalb des Auftragsrechts nicht gesprochen werden:

aa) Herrschende Lehre

Wird mit der h.L. angenommen, die Ausführung eines gefälschten Ueberweisungsauftrages sei lediglich eine nicht gehörige Erfüllung (und nicht Nichterfüllung) des Girovertrages, so steht einer Klage aus OR 402 I der Schadenersatzanspruch des Auftraggebers gegen den Beauftragten aus OR 398 II entgegen. Nach dieser Bestimmung hat der Beauftragte für getreue und sorgfältige Geschäftsführung einzustehen. Da, wie gesehen, die Sorgfaltspflichtverletzung gemäss h.L. sowohl die Vertragsverletzung als auch das Verschulden beinhaltet, steht diesfalls dem Beauftragten von vornherein kein Anspruch aus OR 402 I ⁵³⁵ zu.

bb) Ansicht Gautschis

Gautschi als vehementer Befürworter der Uebertragung des allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsatzes, dass der Beauftragte nur bei Leistung an die richtige Person den Auftrag richtig erfüllt hat, erkennt andererseits Weisungs- und Anweisungsnatur des Ueberweisungsauftrages und kommt zu folgendem Schluss: "Bei der Fälschung der schriftlichen Anweisung, des Checks ... oder einer Vollmacht liegt i.d.R. kein Auftrag des Kontoinhabers vor. Aus dem sogenannten Putativauftrag kann keine actio mandati contraria gegen den bloss vermeintlichen Auftraggeber entstehen." ⁵³⁶

Von Putativauftrag hinsichtlich der vermeintlich vom Auftraggeber herrührenden Weisung kann aber richtigerweise nur dann gesprochen werden, wenn der ein-

⁵³⁵ BGE 110 II 285 und BGE 51 II 187 f
OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 184-418, N 4 zu OR 402
GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 7a zu OR 402
HUERLIMANN Peter, Einlösung falscher und verfälschter Checks, 109 f
HEROLD, Haftung bei gefälschten Schecks, SJZ 22 (1925/26) 260

⁵³⁶ GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 7b zu OR 402

zelne Ueberweisungsauftrag als erneuter Vertrag ⁵³⁷ verstanden wird, der im Falle der Fälschung in der Tat nur scheinbar besteht ⁵³⁸.

b) Anspruch auf Schadloshaltung (OR 402 II)?

Das Bestehen eines Anspruches aus OR 402 II ist in jeder Hinsicht umstritten ⁵³⁹:

aa) Ersatz nur bei Verschulden des Auftraggebers

Primär ist festzuhalten, dass der Schadenersatzanspruch des Beauftragten aus OR 402 II nur besteht, wenn der Auftraggeber selbst schuldhaft gehandelt hat, wobei leichtestes Verschulden genügt und Verschulden überdies von Gesetzes wegen vermutet wird ⁵⁴⁰.

Ist dieses Verschulden, das es im konkreten Fall zu bestimmen gilt, nicht gegeben, so trifft im entgeltlichen Auftrag der Schaden den Beauftragten, was sich insoweit mit der gesetzlichen Regelung im Checkrecht (OR 1132) deckt ⁵⁴¹.

bb) Ersatz nur bei Schuldlosigkeit des Beauftragten hinsichtlich des 'Schadens'

Gemäss h.L. ⁵⁴² und Rechtsprechung ⁵⁴³ ist unter Schaden i.S.v. OR

⁵³⁷ Dies ist bei Gautschi der Fall, weil er die Anweisung als Vertrag versteht, somit trotz der Weisungsnatur des Ueberweisungsauftrages diesem aus Anweisungsrecht Vertragscharakter zukommen lässt: GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 6c zu OR 402 in Verb. mit Berner Kommentar zu OR 425-491, N 3a zu Vorbem. vor OR 466.

⁵³⁸ Konsequenz WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 87 f

⁵³⁹ Vgl. vorne unter A IV 3 c), S. 131 die allgemeinen Ausführungen zu OR 402 II

⁵⁴⁰ HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 67

GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 22b zu OR 402

DESSEMONTET, contrats de service, ZSR 106 (1987) II 208 f

⁵⁴¹ VIELI, Checkverlust, 93 ff, verkennt den grundlegenden Unterschied von OR 1121 und OR 1132: Die Frage des Gutglaubensschutzes nach OR 1121 stellt sich nur, wenn der Check echt ist, was bei gefälschter Ausstellerunterschrift gerade nicht der Fall ist.

Wie hier auch JAEGLI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 127, 177, 180 zu OR 966

⁵⁴² OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 184-418, N 5 zu OR 402

BECKER, Berner Kommentar zu OR 184-551, N 9 f zu OR 402

GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 21b zu OR 402

HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 66

⁵⁴³ BGE 51 II 188

402 II nur derjenige Schaden zu verstehen, der in richtiger Erfüllung der Vertragspflicht des Beauftragten, also in, bzw. trotz sorgfältiger und getreuer Geschäftsbesorgung entstanden ist.

cc) Konsequenzen für die Schadenstragung infolge gefälschter Ueberweisungsaufträge

Auf die Auseinandersetzung im Falle gefälschter Ueberweisungsaufträge sind die vorhergehenden Ausführungen wie folgt zu übertragen:

Da "Schaden" i.S.v. OR 402 II nur solcher in 'richtiger' Ausführung, mind. jedoch ex causa mandati sein kann, ist eine Einstandspflicht des Auftraggebers nur möglich, wenn nicht von vornherein der Ausführung gefälschter Ueberweisungsaufträge jegliche Erfüllungswirkung abgesprochen wird.

Ob die Ausführung gefälschter Ueberweisungsaufträge noch als 'richtige Erfüllung' i.S.v. OR 402 II zu verstehen ist, geht aus Lehre und Rechtsprechung nicht deutlich hervor:

Während das Bundesgericht in den neueren Entscheiden zur Tragung des Schadens infolge gefälschter Ueberweisungsaufträge nicht dazu Stellung bezieht, ob der Anspruch der Bank auf OR 402 I oder II zu stützen wäre, da ohnehin die vertragliche Regelung den dispositiven Gesetzesbestimmungen vorgehe⁵⁴⁴, wurde in BGE 51 II 188 entschieden, dass die Honorierung eines gefälschten Checks durch die bezogene Bank, sofern die Bank bei der Unterschriftenprüfung keine Sorgfaltspflichtverletzung (d.h. kein Verschulden) hinsichtlich des Nichterkennens der Fälschung zu vertreten hat, ein Schaden ex causa mandati darstellt, somit bei Verschulden des Auftraggebers auf diesen abwälzbar ist⁵⁴⁵.

-
- 544 BGE 110 II 285
Unveröffentlichter BGE vom 25.10.1960 Erw. 5b (Okcuoglu gegen SBG)
KLEINER, AGB, 62
KLEINER, Gefälschte Unterschriften, Schweiz. Treuhänder 60 (1986) 313, nimmt einerseits den Gedanken Buchers auf, dass sich die Bank durch die Fehlleistung selber schädigt, lässt aber trotzdem einen Anspruch aus Verwendungsersatz entstehen, wenn die Bank trotz sorgfältiger Unterschriftenprüfung an einen Unberechtigten leistet.
- 545 Zu beachten bleibt allerdings, dass dieser Entscheid vor Inkrafttreten von OR 1132 gefällt wurde.
M.E. hätte sich aber die Rechtslage unter Anwendung von OR 1132 nicht geändert, da auch nach dieser Bestimmung der Schaden bei Verschulden des Ausstellers auf diesen abgewälzt werden kann.

c) Das Verhältnis von OR 402 zur auftragsrechtlichen Haftung wegen Sorgfaltspflichtverletzung

Gemäss h.L. und Rechtsprechung kann eine Haftung des Beauftragten aus OR 398 II nur dann zur Diskussion stehen, wenn der Schaden - beim Auftraggeber - infolge sorgfaltswidrigen, d.h. vertragsverletzenden und schuldhaften Handelns des Beauftragten entstanden ist. D.h., ist bereits eine Einstandspflicht des Beauftragten nach OR 398 II begründet, so kann kein "Schaden" i.S.v. OR 402 II gegeben sein, da letzterer die richtige Ausführung des Auftrages somit das Fehlen einer Sorgfaltspflichtverletzung des Beauftragten voraussetzt ⁵⁴⁶.

"Hat die Bank an einen Unberechtigten bezahlt, und besteht für diese Zahlung **kein** von mir erteilter **Auftrag** ⁵⁴⁷, **so fehlt die Vertragsgrundlage (Rechtsgrund) für den Anspruch auf Ersatz 'der in richtiger Ausführung des Auftrages gemachten Auslagen.'**... Die Bank als Eigentümerin des dem Betrüger ausgelieferten Geldes, nicht der ahnungslose Kunde, ist geschädigt." ⁵⁴⁸ "Wird die Bank aus der Leistung an einen Unberechtigten von ihrer Gattungsschuld aus meinem Konto nicht befreit, bzw. haftet sie auch für den zufälligen Verlust ihres eigenen Geldes, so **stellt sich die Frage ihrer Sorgfaltshaftung nicht**. Der Berechtigte klagt auf **Zahlung des richtigen Saldos** (d.h. desjenigen Saldos, der sich unter Berücksichtigung aller gerechtfertigter Verfügungen, Ein- und Ausgänge ergibt). Es ist eine **Erfüllungsklage**, keine Schadenersatzklage aus Sorgfaltsverletzung." ⁵⁴⁹

3. Zusammenfassung

Es ist davon auszugehen, dass der gefälschte Ueberweisungsauftrag mangels Willenserklärung seitens des Kontoinhabers keine Anweisung darstellt

⁵⁴⁶ Vgl. BGE 110 II 285

HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 68 f

GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 21c zu OR 402

⁵⁴⁷ BGE vom 21.6.1982, in: NOBEL, Praxis zum Bankenrecht, Ergänzungsband, 166

⁵⁴⁸ Dies, da Gautschi fälschlicherweise die Anweisung als Vertrag qualifiziert.

⁵⁴⁹ GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 36b zu OR 398 (Hervorhebung durch den Autor)

Ebenso BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 100

⁵⁴⁹ GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 36c zu OR 398 (Hervorhebung durch den Autor)

und somit zu einer Nichterfüllung des zugrundeliegenden Girovertrages führt ⁵⁵⁰.
Leistet der Schuldner sorgfaltswidrig (vertragsverletzend und schuldhaft) an einen Nichtberechtigten, ist er gemäss OR 398 II zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

Nach dem Grundsatz, dass der Schuldner seinen Gläubiger zu kennen hat, trägt er auch das Risiko der Leistung an einen Nichtberechtigten ⁵⁵¹.

Dieses Risiko ist auf den Gläubiger abwälzbar, wenn dieser die Leistung an den Nichtberechtigten (mit)verschuldet hat ⁵⁵².

Der Schaden, der infolge sorgfaltswidrigen Verhaltens entstanden ist, kann im Rahmen der zwingenden Gesetzesvorschriften, insbes. OR 100, auf den Gläubiger überwältzt werden ⁵⁵³.

IV. ERFÜLLUNGSREGELN ALS GRUNDSÄTZLICH DISPOSITIVES RECHT

1. Grundsatz

Sowohl OR 68 ff ⁵⁵⁴ als auch OR 398 ff ⁵⁵⁵ und OR 1132 ⁵⁵⁶ stellen gemäss h.L. weitgehend dispositives Recht dar ⁵⁵⁷. Die Vertragsparteien sind

⁵⁵⁰ Vgl. vorne S. 138 ff

⁵⁵¹ WEBER, Berner Kommentar zu OR 68-96, N 121 zu OR 68

VON TUHR/ESCHER, OR Allg. Teil II, 21

GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil II, N 1251

BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 101, 103

THALMANN, AGB im Bankverkehr, Konsumentenschutzrecht 5, 144 f

WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 88

Ebenso OR 1132

⁵⁵² OR 402 II, OR 1132

Generell VON TUHR/ESCHER, OR Allg. Teil II, 22

⁵⁵³ Zur Begründung siehe sogleich unter IV.

⁵⁵⁴ BECKER, Berner Kommentar zu OR 1-183, N 1 zu Vorbem. zu OR 97-109

OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 1-183, N 13 zu OR 99

WEBER, Berner Kommentar zu OR 68-96, N 16 zu Vorbem. vor OR 68-96

GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, OR Allg. Teil II, N 1201

⁵⁵⁵ BECKER, Berner Kommentar zu OR 184-551, N 2 zu OR 398

OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar zu OR 184-418, N 2 zu OR 398

HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 96 f, der aber bei Berufen, die nur aufgrund eines staatlichen Fähigkeitszeugnisses ausgeübt werden können, eine Schranke der vertraglichen Inhaltsfreiheit darin sieht, dass nicht durch die Vertragsgestaltung die Garantiefunktion der staatlichen Zeugnisse unterlaufen werden darf.

⁵⁵⁶ HABICHT, Checkvertrag und Checkrecht, 67 ff

Bestätigt im unveröffentlichten BGE vom 25.10.1960 Erw. 5a (Okcuoglu gegen SBG), unter ausführlicher Darlegung der Entstehungsgeschichte dieses Artikels.

demzufolge innerhalb der allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit ⁵⁵⁸ frei, sowohl die Folgen der Nicht- bzw. nicht gehörigen Erfüllung, als auch die Abwicklung der Erfüllung selbst, vertraglich zu regeln ⁵⁵⁹.

Da im Rahmen dieser Arbeit die vertraglichen Bestimmungen über die Legitimation des Verfügungsberechtigten Gläubigers von Interesse sind, wird auf diese allein näher eingetreten.

2. Vertragliche Regelung der Gläubigerlegitimation

a) Schweigen des Gesetzes

In den gesetzlichen Bestimmungen über die Erfüllung der Vertragsobligationen ist mit Ausnahme der wertpapierrechtlichen Bestimmung von OR 966 keine Regelung darüber enthalten, wie sich der Gläubiger gegenüber seinem Schuldner - als Gläubiger - auszuweisen hat.

Die legitimationsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung sind demzufolge weitgehend allein durch Parteiabmachung und Verkehrs-sitte bestimmt ⁵⁶⁰. Eine mögliche Regelungsform ist dem Schuldurkundenrecht zu entnehmen, das verschiedene Legitimationsstufen bis zum vollkommenen Inhaberpapier kennt ⁵⁶¹.

Trotz des Fehlens einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen ist die Frage nach der Gläubigerlegitimation bei Dauerverträgen im allgemeinen, insbes. bei solchen, die vom Schuldner in gleicher oder ähnlicher Weise mit einer Vielzahl von Personen ⁵⁶² abgeschlossen werden, von zentraler Bedeutung:

Im Zusammenhang mit der in casu interessierenden Legitimationsordnung innerhalb eines Girovertrages wird die Frage nach der Berechtigung des Disponierenden besonders aktuell, geht es doch nicht nur darum, die Gläubigereigenschaft

⁵⁵⁷ A.A. GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, der nur eine vertragliche Haftungsverschärfung, N 21d und 24a - e zu OR 398, nicht aber eine vertragliche Haftungswegbedingung, N 25a/b zu OR 398 zulässt.

⁵⁵⁸ ZGB 2, 27, OR 19 f, OR 100 f und die einzelnen zwingenden Gesetzesvorschriften
⁵⁵⁹ Zur Frage, ob auch das dispositive Gesetzesrecht je nach zu verfolgendem Zweck in "zwingendere" und "nachgiebigere" Normen einzuteilen ist, vgl. BUCHER, Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts, FS Deschenaux, 259 ff, insbes. 267

⁵⁶⁰ WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 88 f

⁵⁶¹ Vgl. die Uebersicht bei JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, Wertpapierrecht, 69

⁵⁶² Diese können darüber hinaus den gleichen Familiennamen tragen.

für den zugrundeliegenden Girovertrag zu bestimmen, sondern darüber hinaus zu gewährleisten, dass jede einzelne Disposition innerhalb des Girovertrages vom Willen des Berechtigten getragen ist, was wiederum durch eben dieselbe Legitimationsordnung sichergestellt werden soll und kann ⁵⁶³.

b) Unterschrift als Legitimationsmittel

Aus der dispositiven Natur der Erfüllungsregeln ergibt sich, dass die Parteien die Legitimationsmittel frei wählen können.

Wie vorne ⁵⁶⁴ dargelegt, ist die Verwendung der Unterschrift eines der (noch) ⁵⁶⁵ gebräuchlichsten, gemäss Verkehrssitte anerkannten Mittel zur Identifikation des Berechtigten. Sie ist auch geeignet, diese Funktion im allgemeinen und im Bankverkehr im besonderen zu erfüllen ⁵⁶⁶.

Dennoch bleibt - gerade auch unter Berücksichtigung der schriftvergleichenden Erkenntnisse - zu beachten, dass die Unterschrift zwar in den meisten Fällen eine sichere - aber nicht absolut sichere - Identifizierung zu gewährleisten vermag. Es muss demnach von vornherein damit gerechnet werden, dass Unterschriften nachgeahmt ⁵⁶⁷ oder missbraucht ⁵⁶⁸ werden können.

3. Gegenstand und Zweck einer vertraglichen Legitimationsregelung

Eine vertragliche Regelung der Gläubigerlegitimation beinhaltet nicht primär die Festlegung des Ausweismittels ⁵⁶⁹ an sich, sondern sie befasst sich mit den Folgen, die sich aus dem Nichterkennen von mangelhaften oder eben gefälschten Identifikationsmitteln ergeben ⁵⁷⁰.

⁵⁶³ Vgl. dazu allgemein JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 27, 33, 43 f, 57 zu OR 966

⁵⁶⁴ Teil 1, Kapitel 1, § 3, S. 17

⁵⁶⁵ Die neueren Formen der Identifikation, insbes. der Nummerncode anstelle oder in Ergänzung zur Unterschrift, bringen nur eine teilweise Verlagerung der Problematik gegenüber derjenigen der Unterschrift mit sich, jedenfalls keine prinzipielle.

⁵⁶⁶ Auch aus schriftvergleichender Sicht steht der Verwendung der Unterschrift nichts entgegen, da der Fingerabdruck als 'eindeutiges' Identifikationsmittel aus rechtspolitischen Überlegungen ausscheidet.

⁵⁶⁷ Durch Fälschung oder Schriftverstellung

⁵⁶⁸ Durch Verfälschung des über einer echten Unterschrift stehenden Textes oder durch Blanketmissbrauch.

⁵⁶⁹ Die Unterschrift ist als Legitimationsmittel derart anerkannt, dass i.d.R. eine explizite Erwähnung unterbleibt.

a) Konsequenzen der Unterschriftenfälschung im allgemeinen

Wie aus den Ausführungen des 2. Teils ersichtlich ist, stellt die Unterschriftenfälschung insofern die extremste Form der gestörten Legitimationsordnung dar, indem nicht nur über die **Person** des Berechtigten, bzw. des Disponierenden getäuscht wird, sondern zugleich dem vermeintlich durch die Unterschrift Ausgewiesenen die über der Unterschrift stehende Willenserklärung unterschoben wird.

b) Grundsatz der Risikotragung durch den Schuldner

Da nach materiellrechtlichen Grundsätzen dem Namensträger eine gefälschte Willenserklärung nicht zugerechnet werden darf, trägt - wie soeben dargelegt - der Schuldner, auf die bankvertragsrechtliche Situation übertragen, die Bank das Risiko, an den Fälscher, bzw. auf Veranlassung des Fälschers, geleistet zu haben ⁵⁷¹.

Der gleiche Grundsatz besteht auch in legitimationsrechtlicher Hinsicht ⁵⁷², wie die absoluten Einreden des Wertpapierrechts zeigen ⁵⁷³.

c) Möglichkeiten einer vertraglichen Gestaltung der Tragung des Fälschungsrisikos

aa) Pauschalierte Betrachtungsweise

So generell wie der Gesetzgeber das Risiko der Leistung an einen Unberechtigten dem Schuldner auferlegt, so ist es denkbar, dieses durch Vertrag dem Gläubiger zu überwälzen ⁵⁷⁴ oder, ungeachtet der konkreten Situation im Einzel-

⁵⁷⁰ So nicht nur, aber besonders deutlich, die zur Diskussion stehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken.

⁵⁷¹ Vgl. auch JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 27 zu OR 966

⁵⁷² Vgl. vorne S. 140 ff

⁵⁷³ JAEGGI, Zürcher Kommentar zu OR 965-989/1145-1155, N 57, 59 f, 62, 105, 111, 182 zu OR 966

⁵⁷⁴ OTT, Vertrauensprinzip, SJZ 75 (1979) 156, 158

⁵⁷⁴ Eine ähnliche Problematik findet sich in der - heute umstrittenen - ebenfalls dispositiven kaufrechtlichen Gefahrtragungsregel von OR 185 I.

Vgl. dazu KELLER/LOERTSCHER, Kaufrecht, 24 f, mit weiteren Hinweisen

fall, eine anteilmässige, prozentuale Verteilung des 'Schadens' vorzunehmen
⁵⁷⁵, wobei auch die Möglichkeit einer Versicherung in Betracht zu ziehen ist ⁵⁷⁶.

bb) Differenzierende Betrachtungsweise

Interessanter und komplizierter wird die Frage nach der Risikotragung für den Fall des Nichterkennens einer Fälschung, wenn - wie durch Rechtsprechung und Mehrheit der Lehre grundsätzlich, wenn auch in der Argumentationsweise unsauber vorgenommen - abzuklären ist, ob eine Fälschung oder das Nichterkennen derselben einer der Vertragsparteien 'zugerechnet' werden kann.

§ 16 UNTERSCHRIFTENFÄLSCHUNG UND ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN DER BANKEN

A	GENERELLE PROBLEMATIK DER ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN
----------	---

I. RECHTSNATUR DER ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Im Rahmen dieser Arbeit ist weder auf die allgemeine AGB-Diskussion
577 noch auf die Diskussion um die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Ban-
ken 578 im speziellen zurückzukommen.

575 Wie beispielsweise die Regelung der Eurochèques-Bedingungen, die das Risiko grundsätzlich bei der Bank belassen, dem Kunden jedoch einen 'Selbstbehalt' von zehn Prozent des Betrages in Rechnung stellen.

576 Vgl. dazu die Ueberlegungen bei BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 102 f.

577 Vgl. dazu statt vieler mit umfassender Literaturangabe:

KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 173 ff zu OR 1

BAUDENBACHER, AGB, 1 ff

GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle, Konsumentenschutzrecht 12, 25 ff

FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den AGB, Konsumenten-
schutzrecht 5, 23 ff

FORSTMOSER, AGB im schweiz. und deutschen Recht, FS Kummer, 99 ff

578 THALMANN, AGB im Bankverkehr, Konsumentenschutzrecht 5, 127 ff

FORSTMOSER, AGB im Bankverkehr, Bankwirtschaftliche Forschungen 36, 11 ff

KLEINER, AGB, 9 ff

RUSCA, Tragweite der Bank-AGB, WuR 1957, 210 ff

WANNFR. AGB der Grossbanken. 21 ff

WEBER, AGB der Banken, SAG 1984, 150 ff

Es ist vielmehr von der heute herrschenden schweizerischen Lehre bezüglich Rechtsnatur und Tragweite der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen:

"Unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen versteht man einen in sich geschlossenen Komplex von Bestimmungen, die standardisierte Ordnung, die dazu bestimmt ist, als Ganzes zum Vertragsbestandteil einer Vielzahl individueller Verträge zu werden." ⁵⁷⁹

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Banken, die entgegen der Situation in Deutschland und Oesterreich formell nicht vereinheitlicht sind ⁵⁸⁰, werden gemäss h.L. durch Uebernahme der Parteien Bestandteil des individuellen Vertrages zwischen Bank und Kunde ⁵⁸¹, was - wie vorne dargelegt ⁵⁸² - i.d.R. mit Abschluss des Girovertrages, also bei der Kontoeröffnung geschieht ⁵⁸³.

⁵⁷⁹ FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den AGB, Konsumentenschutzrecht 5, 29

Allgemein zur Inkorporation in den Einzelvertrag:

KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 183 ff zu OR 1

GIGER, Einbezug von AGB in den Einzelvertrag, Konsumentenschutzrecht 5, 62 ff

GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle von AGB, Konsumentenschutzrecht 12, 26 f

BGE 109 II 454

⁵⁸⁰ Jedes Unternehmen verwendet zwar seine eigenen, individuellen AGB, die inhaltlich aber weitgehend identisch sind.

Vgl. auch die "Muster-AGB" der Schweizerischen Bankiervereinigung, abgedruckt bei THALMANN, AGB im Bankverkehr, Konsumentenschutzrecht 5, 161 ff

FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den AGB, Konsumentenschutzrecht 5, 26

⁵⁸¹ GUGGENHEIM, Verträge der Schweiz. Bankpraxis, 38

FORSTMOSER, AGB im Bankverkehr, Bankwirtschaftliche Forschungen 36, 16

FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den AGB, Konsumentenschutzrecht 5, 34

VON DER CRONE-SCHMOCKER, Checkinkasso, 37

THALMANN, AGB im Bankverkehr, Konsumentenschutzrecht 5, 130 f

WEBER, AGB der Banken, SAG 1984, 151

A.A. KLEINER, AGB, 10, der davon ausgeht, dass, wenn eine Vertragspartei grundsätzlich nur unter Bezugnahme auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen kontrahiert, sie sich nach Verkehrssitte darauf verlassen darf, dass sich die Gegenpartei ohne weiteres den AGB unterwirft.

Ebenso RUSCA, Tragweite der Bank-AGB, 215

WANNER, Rechtsnatur der AGB, 129 ff, der einen eigentlichen Akt der Rechtsschöpfung annimmt.

⁵⁸² Siehe S. 125

⁵⁸³ Deshalb ist unter dem Gesichtspunkt des Vertragskonsenses die Praxis der Banken, ihre von Zeit zu Zeit revidierten AGB lediglich mit der ordentlichen Zusendung des Kontoauszuges mitzuschicken, höchst bedenklich.

Vgl. generell KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 192 f zu OR 1

FORSTMOSER, AGB der Banken, Bankwirtschaftliche Forschungen 36, 15, scheint im Gegenteil aus der früheren Geschäftsbeziehung ohne weiteres auf konkludente Uebereinkunft schliessen zu können.

II. AGB-RELEVANTE AUSLEGUNG DES VERTRAGES

1. Wettbewerbsrechtlicher Ansatz

Von den in der Lehre ⁵⁸⁴ und künftig in der Gesetzgebung ⁵⁸⁵ in die Diskussion gebrachten Argumenten, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mittels wettbewerbs- oder kartellrechtlicher Ueberlegungen in Schranken zu halten, kann für diese einzelne Bestimmung wenig Konkretes hergeleitet werden, weil bei jenen Ansatzpunkten vielmehr der gesamte Komplex der AGB-Bestimmungen unter dem Aspekt der gerechten Risikoallokation gewürdigt wird ⁵⁸⁶.

Wenn UWG 8 in Kraft tritt, kann sich das ändern, wobei ungewiss ist, welchen Massstab die Gerichte bei der Ueberprüfung der Lauterkeit von AGB-Bestimmungen anwenden werden. Dabei wird der Botschaft zum neuen UWG eine Leitbildfunktion zukommen werden:

Gemäss Botschaft "... [muss] die Abweichung vom dispositiven Recht eine fühlbare Beeinträchtigung des Gleichgewichts bewirken, um als unlauter qualifiziert werden zu können. Damit wird indirekt anerkannt, dass den AGB im Wirtschaftsablauf eine gewisse Funktion zukommt und dass **nicht** jedes Abweichen von der gesetzlichen Ordnung unlauter ist." ⁵⁸⁷

2. Vertrauensrechtlicher Ansatz

Bekanntlich versucht die Rechtsprechung ⁵⁸⁸ mit der sog. Geltungskontrolle ⁵⁸⁹ der schwächeren oder mind. bezüglich des konkreten Rechtsgeschäftes unerfahrenen Partei dadurch zu helfen ⁵⁹⁰, dass unklare ⁵⁹¹ und ungewöhn-

584 STICHER, Kontrolle der AGB als wettbewerbsrechtl. Problem, 54 ff, 68 ff, 110 ff
KRAMER, AGB, SJZ 81 (1985) 34 ff
Umfassend BAUDENBACHER, AGB, 206 ff

585 UWG 8

586 Siehe dazu die umfassende Analyse von BAUDENBACHER, AGB, 96 ff, 174 ff

587 Botschaft, BBl 1983 II 1074

588 Vgl. statt vieler BGE 109 II 452 ff

589 Statt vieler BAUDENBACHER, AGB, 258 f

WEBER, AGB der Banken, SAG 1984, 151 f

GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle von AGB, Konsumentenschutzrecht 12, 49 ff

590 Zu beachten bleibt auch der generelle Vorrang der Individualabrede.

FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den AGB, Konsumentenschutzrecht 5, 44

591 FORSTMOSER, AGB der Banken, Bankwirtschaftliche Forschungen 36, 21 f

liche ⁵⁹² Klauseln, mit denen die Partei bezüglich dieses Geschäftes nicht zu rechnen brauchte, vom Konsens ausgenommen werden ⁵⁹³.

M.E. besteht nur in Sonderfällen die Möglichkeit, über die weite Auslegung der 'Ungewöhnlichkeit' die Bestimmung bezüglich der Tragung des Fälschungsrisikos zu Fall zu bringen, nämlich i.d.R. nur dann, wenn der Beweis der konkreten Sorgfaltspflichtverletzung der Bank von dieser selbst dadurch verunmöglicht worden ist, dass - wie im Falle des beleglosen Checkeinzugverfahrens - gar keine die Beweisführung allein zuverlässig ermöglichenden Originaldokumente mehr vorhanden sind. Mit dem zu der allein allenfalls noch nicht ungewöhnlichen Risikoverlagerung hinzukommenden Beweisnotstand braucht der Bankkunde nicht zu rechnen.

3. Inhaltskontrolle

Für die im Rahmen dieser Arbeit interessierenden Freizeichnungsklauseln bleibt zu prüfen, ob die konkrete AGB-Bestimmung, die die Unterschriften- und Legitimationsprüfung zum Gegenstand hat, gegen zwingendes Recht, insbes. gegen OR 100 und OR 101, verstösst.

B KERNINHALT DER MASSGEBLICHEN AGB-BESTIMMUNG

I. GEGENSTAND DER AGB-BESTIMMUNG

Bevor die fragliche AGB-Bestimmung einer Inhaltskontrolle unterzogen werden kann, ist deren eigentlicher Inhalt überhaupt erst zu bestimmen:

FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den AGB, Konsumentenschutzrecht 5, 51

592 WEBER, AGB der Banken, SAG 1984, 151 f

KRAMER, Berner Kommentar zu OR 1/2, N 190 zu OR 1

Neuerdings generell, nicht nur auf die Gerichtsstandsklausel bezogen, BGE 109 II 456 f

593 Je grosszügiger die Ungewöhnlichkeitsregel zugelassen wird, desto eher wird sie zu einer 'verdeckten Inhaltskontrolle'.

Vgl. BGE 109 II 456 f

Früher schon FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den AGB, Konsumentenschutzrecht 5, 52

Vgl. auch die ausführliche Rechtsprechungsanalyse bei GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle von AGB, Konsumentenschutzrecht 12, 118 ff, 126 f

Zur genauen Inhaltsanalyse einer AGB-Bestimmung, die die Folgen des Nichterkennens von Unterschriftenfälschungen regelt, soll der m.E. sehr klar und den zwingenden und dispositiven Gesetzesbestimmungen gerecht werdende Art. 2 der AGB-SKA vorangestellt werden ⁵⁹⁴.

"Die Bank verpflichtet sich zur gewissenhaften Prüfung der Unterschriften der Kunden und ihrer Bevollmächtigten. Zu einer weitergehenden Legitimationsprüfung ist sie nicht gehalten. Für die Folgen von Fälschungen und Legitimationsmängeln, die sie trotz Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht erkannt hat, trifft sie keine Verantwortung."

Im ersten Satz wird die sich aus OR 398 II ergebende Pflicht zur Unterschriftenprüfung wiederholt, wobei auszulegen bleibt, was unter "gewissenhaft" zu verstehen ist.

Mit dem Gesetzestext vereinbar ist auch der zweite Satz, wonach keine weitergehende Legitimationsprüfung vorzunehmen ist.

Im dritten Satz wird vom dispositiven Recht insofern abgewichen, als der Schaden, der ihr trotz "Anwendung der üblichen Sorgfalt" gemäss OR 402 II als Risiko verbleiben würde, auf den Kunden überwältzt wird, auch wenn diesen kein Verschulden trifft.

In dieser weiten Formulierung ist offengelassen, ob unter "üblicher Sorgfalt" Sorgfalt i.S.v. Vertragsverletzung oder Verschulden zu verstehen ist.

II. RISIKOTRAGUNG STATT HAFTUNGSWEGBEDINGUNG

Selbst wenn in Betracht gezogen wird, dass die AGB nicht vereinheitlicht sind und die Muster-AGB bezüglich der Risikotragungsregeln bedeutend ungenauer, missverständlicher ⁵⁹⁵ und für den Kunden nachteiliger formuliert sind, kann gesagt werden, dass die AGB grundsätzlich zwei Bereiche aus dem Zusammenspiel von legitimationsrechtlichen und materiellrechtlichen Rechtsfolgen regeln:

⁵⁹⁴ Vgl. demgegenüber die pauschale Bestimmung von Art. 4 der Muster-AGB: "Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft."

⁵⁹⁵ Die Formulierung, dass der Kunde den Schaden aus dem Nichterkennen 'trägt', ist irreführend, da die Bank den Schaden zu tragen hat, der Kunde nur im Falle gültiger Abwälzung.

1. Massgeblicher Sorgfaltsstandard

In den AGB wird festgehalten ⁵⁹⁶- was sich schon nach den dispositiven Gesetzesbestimmungen ergibt (OR 398 II) -, dass die Bank die Unterschrift auf ihre Echtheit hin zu überprüfen hat und auch überprüft, und zwar gemäss AGB-SKA "gewissenhaft", gemäss Muster-AGB "mit üblicher Sorgfalt", die mangels ausdrücklicher Regelung von Gesetzes wegen geschuldet ist ⁵⁹⁷, wobei die Muster-AGB, ungenau formulierend, nur für grobfahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung eine Einstandspflicht begründen wollen ⁵⁹⁸. D.h. positiv formuliert, 'richtige Erfüllung' wird schon dann angenommen, wenn die Bank trotz eigener Fahrlässigkeit, sofern sie nicht grob ist, die Fälschung nicht zu erkennen vermochte.

2. Risikoabwälzung

Wird die Risikoabwälzung isoliert betrachtet, besteht die Abweichung vom dispositiven Recht darin, dass der Kunde auch ohne eigenes Verschulden den Schaden zu tragen hat, der dadurch entstanden ist, dass die Bank trotz sorgfältiger Unterschriftenprüfung die Fälschung nicht erkennen konnte und musste. Der Kunde verzichtet folglich auf den ihm nach OR 402 II zur Verfügung stehenden Exkulpationsbeweis.

3. Konsequenzen der Verknüpfung von Sorgfaltsstandard und Risikotragung

a) Reine Risikotragung

aa) Grundsatz

Da die gesetzlichen Risikotragungsregeln dispositiver Natur sind, kann - wie vorne dargelegt ⁵⁹⁹- vertraglich von diesen abgewichen werden, was im Falle beidseitiger Verschuldenslosigkeit - ähnlich wie bei der kaufrechtlichen

⁵⁹⁶ Vgl. WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 89
⁵⁹⁷ OR 398 II i.V.m. OR 321e
⁵⁹⁸ Zum Problem von OR 100, siehe sogleich unter III, S. 157 ff
⁵⁹⁹ Siehe S. 148 f

Gefahrtragungsregel - stossend sein kann.

bb) Risikoverteilung nach beherrschbaren Risikobereichen

Faktisch ist jedoch davon auszugehen, dass auch eine Fälschung, deren Entstehung, bzw. Nichtaufdeckung der jeweiligen Vertragspartei nicht als Verschulden, resp. Sorgfaltspflichtverletzung angerechnet werden kann, trotzdem eher im Bereich der einen oder anderen Vertragspartei ihren Ursprung hat ⁶⁰⁰.

b) Verschiebung der Risikobereiche durch die Haftungswegbedingungsklausel

aa) Notwendige Bestimmung des Risikobereiches

Bevor über die Frage der Risikotragung, bzw. über ihre 'gerechte' Verteilung entschieden werden kann, muss jedoch geprüft werden, ob nicht der Bank ohnehin, d.h. mit oder ohne vertraglicher Bestimmung des aufzuwendenden Sorgfaltsstandards, eine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last gelegt werden kann, konkret, ob ihr aus dem Nichterkennen der Fälschung ein Vorwurf gemacht werden kann. Beruht das Nichterkennen der Fälschung der Unterschrift auf einer Sorgfaltspflichtverletzung der Bank, liegt - wie vorne ausgeführt ⁶⁰¹ - je nach dogmatischer Einordnung eine Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung des Girovertrages vor, so dass eine Risikoverteilung nach den Grundsätzen von OR 402 II von vornherein ausscheidet, da die Bank nicht 'Schaden in richtiger Ausführung des Auftrages', sondern Schaden infolge eigenen schuldhaften nicht (richtigen) Erfüllens des Auftrages erlitten hat ⁶⁰².

Ob dies der Fall ist, ist - wie in mehreren Entscheiden ⁶⁰³ bestätigt - eine Tat-

⁶⁰⁰ Vgl. dazu vorne, S. 87 ff, die Ausführungen zum beherrschbaren Risikobereich. Bezüglich der Risikotragung im Bankbereich für 'zufällig' entstandene Fehlbuchungen, BUCHER, Wer haftet wem?, recht 1984, 101 ff. Insbes. muss sich der Kunde nach diesen Gesichtspunkten die Auferlegung des Fälschungsrisikos dann gefallen lassen, wenn eines seiner Organe oder eine seiner Hilfspersonen (OR 101) die Fälschung begangen hat, wie auch umgekehrt die Bank, wenn dadurch eine Fälschung ermöglicht wurde.

⁶⁰¹ Siehe vorne S. 141

⁶⁰² BGE 110 II 286

⁶⁰³ Vgl. BGE 111 II 263 ff.
BGE 109 II 116, unveröffentlichte Erw. 3 b aa) bb)

und Wertungsfrage, die unter Würdigung des Einzelfalles vorgenommen werden muss. Hier kommen nun die Ausführungen zur Schriftvergleichung zum Tragen, da vorwiegend aufgrund deren Kriterien beurteilt wird, ob der Bank eine Pflichtverletzung zur Last gelegt werden kann oder nicht.

bb) Vorverlagerung des Risikobereiches

Unabhängig vom dogmatischen Standpunkt wird im Falle der vertraglichen Haftungswegbedingung, sei es im Rahmen von OR 100 I oder II, gleichsam der Risikofall vorverlagert:

Die Bank handelt nicht nur dann in 'richtiger Ausführung des Auftrages' i.S.v. OR 402 II, wenn sie die Unterschriftenfälschung ohne Sorgfaltspflichtverletzung nicht erkannt hat, sondern schon dann, wenn sie leicht fahrlässig, jedenfalls nicht grobfahrlässig, diese nicht erkannt hat ⁶⁰⁴.

Besteht nun eine Risikoverlagerungsklausel in dem oben ⁶⁰⁵ beschriebenen Sinne, so hat das zur Konsequenz, dass nicht nur eine eigentliche Risikoverlagerung vorgenommen wird, sondern dass der Kunde auch im Falle der eigenen Schuldlosigkeit ⁶⁰⁶ das Risiko des fahrlässigen ⁶⁰⁷ Nichterkennens der Fälschung durch die Bank tragen muss.

Wie vorne ⁶⁰⁸ dargelegt wurde, ist eine solche Risikoverlagerung, da die Erfüllungsregeln grundsätzlich dispositiver Natur sind, im Rahmen der zwingenden Gesetzesvorschriften, insbes. OR 100, zulässig.

-
- ⁶⁰⁴ NOBEL, Sorgfaltspflicht des Bankiers, FS 50 Jahre Bankenaufsicht, 210, 214
Sinngemäss auch WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 89
FORSTMOSER, AGB im Bankverkehr, Bankwirtschaftliche Forschungen 36, 24
THALMANN, AGB im Bankverkehr, Konsumentenschutzrecht 5, 144
- ⁶⁰⁵ Unter II 2, S. 154
- ⁶⁰⁶ Muss sich der Schuldner ein eigenes Verschulden anrechnen lassen, ist das Ergebnis nicht so stossend, da der Schaden unter Anrechnung der beidseitigen Verschulden verteilt wird (OR 43, 44).
- ⁶⁰⁷ Zur Diskussion um OR 100 I oder II, siehe sogleich, S. 157 ff
- ⁶⁰⁸ Siehe S. 145 ff

III. DISKUSSION UM DIE ANWENDBARKEIT VON OR 100 II

1. Vertragsrechtliche Optik

a) Allgemeines

Wie schon mehrfach erwähnt, handelt es sich beim Einstehenmüssen für Dispositionen, die aufgrund einer gefälschten Willenserklärung veranlasst worden sind, um eine Frage der vertraglichen Risikotragung, bzw. der Zulässigkeit der Abweichung von diesbezüglichen dispositiven Gesetzesbestimmungen, und nicht um eine eigentliche Schlechterfüllung, weshalb die vertraglichen Haftungswegbedingungsklauseln, wie auch die Rechtsprechung annimmt ⁶⁰⁹, nur **analog** anwendbar sind ⁶¹⁰.

Wird i.S. des soeben dargelegten doppelten Regelungsgehalts dieser AGB-Bestimmung davon ausgegangen, dass in den AGB eine Risikoüberwälzung vorgenommen wird, allerdings unter gleichzeitiger Verlagerung (und Erweiterung) des Risikobereiches auch auf jene Fälle, bei denen eine Fälschung sorgfaltswidrig nicht erkannt werden konnte, so kann und muss zur Bestimmung des zulässigen Grades der vertraglich wegbedingbaren - oder erst zu umschreibenden ⁶¹¹ - Sorgfaltspflicht, OR 100 - m.E. direkt - jedenfalls aber analog herangezogen werden.

M.E. liegen Weber und Kleiner ⁶¹² falsch, wenn sie davon ausgehen, dass mit der Regelung der anzuwendenden Sorgfaltspflicht im Falle ihrer Einhaltung richtige Vertragserfüllung trotz fahrlässigen Nichterkennens der Fälschung anzunehmen ist.

Richtigerweise wird geregelt, unter welchen Voraussetzungen der Risikobereich von OR 402 II auf Fälle schuldhaften Nichterkennens von Unterschriftenfälschungen vertraglich ausgedehnt werden darf, als welcher er dann wiederum pauschal als vertragliches Risiko überwälzt wird ⁶¹³.

⁶⁰⁹ BGE 112 II 450 ff

⁶¹⁰ Diese Optik ist richtig, wenn davon ausgegangen wird, die Ausführung einer gefälschten Willenserklärung sei generell unwirksam.

⁶¹¹ So WEBER, Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 81 (1985) 89 f

KLEINER, Gefälschte Unterschriften, Schweiz. Treuhänder 60 (1986) 313

⁶¹² siehe vorherige Fussnote

⁶¹³ Im übrigen können und müssen diese AGB-Bestimmungen auf ihre Konformität mit

b) Bei analoger Anwendung der Haftungswegbedingungsklausel

Bei einer direkten oder analogen Anwendung der fraglichen Haftungswegbedingungsklausel bleibt zu beachten, dass die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten, sei es ein Tun oder ein Unterlassen, als leicht-, grob-, ja als fahrlässig überhaupt zu qualifizieren sei, als Wertung der tatsächlichen Umstände anhand eines gewissen Massstabes, des pflichtgemässen Ermessens bei der Beweiswürdigung, vorzunehmen ist. Es ist evident, dass der vom Gericht zur Frage des Sorgfaltsstandards herangezogene Massstab so oder anders ausgestaltet sein kann. Jedenfalls wird durch die Anwendung von OR 100 II zwar ein gradueller Vorteil, i.S. der Verlagerung von grober auf leichte Fahrlässigkeit, gewonnen, aber kein prinzipieller, indem in jedem Fall eine Wertung vorgenommen werden muss. Zudem bleibt zu beachten, dass die Vorschrift als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist, so dass es dem Richter im konkreten Einzelfall überlassen bleibt, ob er eine solche AGB-Bestimmung für ungültig erklären will oder nicht.

2. Bank als "obligatorisch konzessioniertes Gewerbe" ?

Steht die direkte oder analoge Anwendung von OR 100 fest, so bleibt, trotz des Grundsatzentscheides des Bundesgerichts ⁶¹⁴ zu begründen, weshalb OR 100 II wirklich als Massstab der von der Bank anzuwendenden Sorgfalt herangezogen werden darf.

a) Keine Konzession im verwaltungsrechtlichen Sinne

Gemäss verwaltungsrechtlicher Doktrin kann bei der bankengesetzlichen Bewilligungspflicht ⁶¹⁵ zur Führung einer Geschäftsbank nicht von einer eigentli-

den zwingenden Gesetzesvorschriften über den zulässigen Vertragsinhalt überprüft werden:

Vgl. schon den unveröffentlichten Entscheid i.S. Okcuoglu gegen SBG vom 25.10.1960, wo eine, wenn auch nicht explizit so genannte Inhaltskontrolle der fraglichen AGB-Bestimmungen vorgenommen wurde, (Ueberprüfung auf die Vereinbarkeit mit OR 19, 21, ZGB 27).

614 BGE 112 II 454 ff

615 Vgl. auch die ausführliche Auseinandersetzung mit der Lehre in BGE 109 II 116 ff BaG 3 I.

Die Kantonalbanken bedürfen keiner bankengesetzlichen Bewilligung, BaG 3 IV.

chen Konzession gesprochen werden, sondern nur von einer wirtschafts-polizeilich begründeten Bewilligung ⁶¹⁶: "... wird bei den Konzessionen dem Konzessionär vom Gemeinwesen ein Recht übertragen, über das der Staat verfügt. Konzessionen sind Verfügungen, mit dem **Rechte des Staates** Dritten verliehen werden. Mit dem Recht wird aber auch gleichzeitig eine Aufgabe übertragen. Der Konzessionär ist verpflichtet, die staatliche Aufgabe wahrzunehmen. Er führt einen staatlichen Auftrag aus, der sonst durch die Verwaltung durchgeführt werden müsste." ⁶¹⁷

Gemäss dieser Definition kann aus folgenden Gründen bei einer Bank nicht von einer Konzession gesprochen werden:

- Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen ⁶¹⁸ gegeben sind, besteht, im Gegensatz zur Rechtslage bei einer Konzession, ein Anspruch auf Erteilung der Betriebsbewilligung ⁶¹⁹.
- Durch die Bewilligung werden lediglich die Voraussetzungen geschaffen, damit eine ordentliche Banktätigkeit ausgeübt werden kann. Sind diese nicht mehr erfüllt, so kann die Bewilligung wieder entzogen werden. Bei einer Konzession hingegen wird gegen eine Gebühr ein Recht, bezüglich dessen der Staat ein Monopol hat, verliehen, das vor Ablauf der Zeit nicht entzogen werden kann ⁶²⁰.
- Die Bewilligung wird nicht von der zuständigen Staatsstelle, sondern von einer eigens dafür geschaffenen Aufsichtsbehörde, der eidgenössischen Bankenkommision, die von Bund und Nationalbank unabhängig ist, erteilt ⁶²¹.

616 Zur Bewilligung generell GRISEL, *droit administratif* I, 413

617 FLEINER-GERSTER, *Verwaltungsrecht*, 168

Ebenso KNAPP, *Verwaltungsrecht*, N 664, 164 f

618 Vgl. die Anforderungen im einzelnen in BaG 3 II lit. a - d für schweizerische Unternehmen und in BaG 3bis für ausländisch beherrschte Unternehmen.

619 BODMER/KLEINER/LUTZ, *Kommentar zum BaG*, N 3 zu BaG 3

BODMER, in: BODMER u.A., *Allgemeine bank- und volkswirtschaftliche Kenntnisse*, 143 f spricht von einer "Bewilligung gewerbepolizeilicher Natur".

RINIKER, *Bankenaufsicht*, 89

MUELLER, *Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer Bank*, 50 f

620 Konzessionen gehören zu den sog. wohlerworbenen Rechten.

GRISEL, *droit administratif*, 285 f, 411

Auch in dieser Hinsicht braucht auf den Sonderstatus der Kantonalbanken nicht näher eingegangen zu werden.

621 BaG 23 I

b) Erweiterter Konzessionsbegriff im Obligationenrecht

Literatur ⁶²² und Rechtsprechung ⁶²³ zu OR 100 sprechen sich für eine grosszügigere Auslegung des Begriffes 'Konzession' im Zivilrecht aus; insbes. sollen auch blossе Polizeibewilligungen darunterfallen ⁶²⁴.

Das wichtigste Argument zugunsten einer Anwendung von OR 100 II, bzw. OR 101 III ist m.E. aus den Ueberlegungen zum verlangten auftragsrechtlichen Sorgfaltsstandard bei Berufen, die nur nach bestandenen Fähigkeitsprüfungen ausgeübt werden dürfen, zu suchen:

"Der seinen Beruf gestützt auf ein staatliches Fähigkeitszeugnis ausübende Beauftragte soll seine Sorgfaltshaftung nicht wegbedingen können. Der Zweck von staatlichen Fähigkeitszeugnissen und Berufsausübungsbewilligungen würde verfehlt, wenn wegen der Haftungsfreizeichnung dennoch keine Gewähr für Qualität der Leistung und Zuverlässigkeit des Beauftragten bestünde." ⁶²⁵

C WERTUNG DES ERGEBNISSES UND SCHLUSSBEMERKUNGEN

Unabhängig vom konkreten Rechtsgeschäft, sei es bankvertraglicher oder 'sonstiger' Natur, sei es durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, durch individuelle Parteiabsprachen oder direkt nach dispositivem Recht geregelt, können Fälschungen - wie Irrtumsfälle - immer auftreten:

Dabei kann nicht darauf verzichtet werden, das Fälschungsrisiko anhand der konkreten Sorgfaltspflichten oder unter Inkaufnahme gewisser Härten der einen oder anderen Partei aufzuerlegen.

M.E. stellt das Problem der Tragung des Fälschungsrisikos kein AGB-spezifisches Problem dar, da einerseits nicht von vornherein gesagt werden kann, die

⁶²² Vgl. schon BECKER, Berner Kommentar zu OR 1-183, N 8 zu OR 100, der aber die Banken explizit nicht erwähnt; er begründet diese weite Auslegung mit der durch die Bewilligung hervorgerufenen Vertrauenswirkung gegenüber dem Publikum.

VON DER CRONE-SCHMOCKER, Checkinkasso, 39 f

A.A. KLEINER, Girovertrag, 53

⁶²³ BGE 109 II 119 I

BGE 112 II 455

⁶²⁴ Vgl. aber den ausdrücklich vorbehaltenen Sonderstatus für Versicherungsgesellschaften (OR 100 III), die auch einer strengen Staatsaufsicht unterstehen.

⁶²⁵ HOFSTETTER, Auftrag, SPR VII/2, 96

Ebenso GAUTSCHI, Berner Kommentar zu OR 394-406, N 25b zu OR 398
NOBEL, Sorgfaltspflicht des Bankiers, FS 50 Jahre Bankenaufsicht, 211, 214

eine oder die andere Partei sei im Sinne der AGB-Doktrin die 'stärkere' oder die 'schwächere' Partei, andererseits für den hier massgeblichen Sachverhalt die Gegenüberstellung 'Verwender' - 'Konsument' am eigentlichen Problem vorbeigeht: Da Fälschungen in jeder Situation auftreten können, hat jede Vertragspartei ihren eigenen Bereich, in dem Fälschungen ihren Ursprung haben können, in dem sie aber auch Fälschungen vermeiden, resp. erkennen kann und für den sie auch einstehen muss. Einzig im Falle der Vernichtung der Originalbelege und damit des Beweismaterials kann m.E. entweder über die Anwendung der sog. Ungewöhnlichkeitsregel oder über die für diesen Fall von vornherein als gegeben zu betrachtende Sorgfaltspflichtverletzung, bzw. für diesen Umstand die Unabdingbarkeit eines gewissen Sorgfaltstandards angenommen werden, so dass im gegenteiligen Fall ein Missverhältnis entstehen würde, das i.S. der AGB-Doktrin eine Besserstellung des Kunden verlangen würde.

Wird im Sinne der hier vertretenen Ansicht OR 100 II, resp. OR 101 III der Auslegung der AGB-Klauseln zugrundegelegt, scheint ein dem Einzelfall gerecht werdendes Ergebnis möglich zu sein.

Nach dem soeben Gesagten, wird ersichtlich, dass eine 'gerechte' Verteilung des Fälschungsrisikos nur im konkreten Einzelfall möglich ist, geht es doch darum, entweder ein Verschulden oder doch einen massgebenden, eine Einstandspflicht begründenden Risikobereich herauszukristallisieren.

Wird auf die AGB-Problematik, bzw. die einseitige Risikoverlagerung zuungunsten der Kunden näher eingetreten, so ist hier, in einer globalen Betrachtungsweise, das Ergebnis stossend, doch bleibt zu beachten, dass die Umschreibung der massgeblichen Sorgfaltspflichten - der Vermeidung von Fälschungen wie des Erkennens von Fälschungen - nur im konkreten Einzelfall vorgenommen werden kann, wobei im konkreten Verhältnis Bank - Kunde dem Moment des Erkennkönnens das grössere Gewicht zukommt:

Angesichts der praktischen Schwierigkeiten bei der Erkennung von Fälschungen erscheint es aus schriftvergleichenden Ueberlegungen m.E. problematisch, einen sehr verfeinerten Raster der Sorgfaltspflichten aufzustellen.

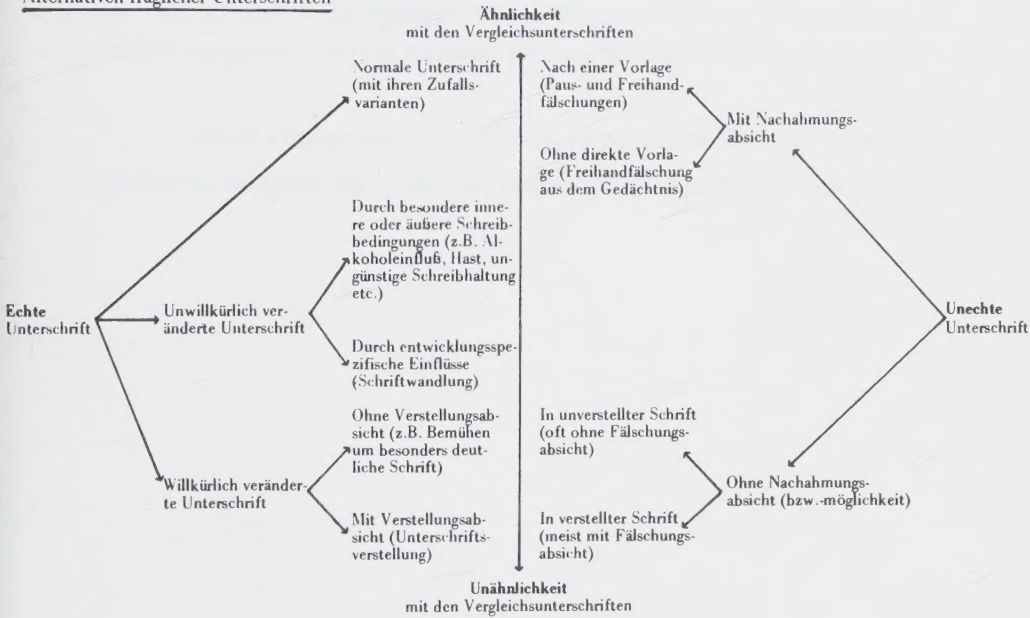
M.E. sind deshalb für die Zukunft diejenigen Vorschläge, die eine pauschalierte Schadensaufteilung, sei es generell, sei es bis zu einem gewissen Höchstbetrag im Auge haben, weiter zu verfolgen, da einerseits die Abklärung der massgebenden Sorgfalt aufwendig ist, andererseits bei Zunahme des beleglosen Bankverkehrs (insbes. beim Check) von vornherein die Grundlage der Prüfung der

massgeblichen Sorgfaltspflicht vernichtet, die Beweisführung somit verunmöglicht wird, was - wie gesehen - nicht auf den Kunden überwältzt werden darf.

SCHEMA

Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, 113:

Alternativen fraglicher Unterschriften



Lebenslauf

Ich wurde am 3. Dezember 1958 in Zürich geboren. Von 1965 bis 1971 besuchte ich die Primarschule in Küsnacht/ZH. 1971 trat ich ins Gymnasium Hohe Promenade der Töcherschule der Stadt Zürich ein, das ich 1977 mit der Matur (Typus A) abschloss.

Im selben Jahr immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, um das Studium der Rechtswissenschaft aufzunehmen. Im Dezember 1982 schloss ich das Studium mit dem Lizentiat ab.

Im Anschluss an das Studium arbeitete ich halbtags als Assistentin bei Herrn Prof. Dr. C. Schott. Während dieser Zeit verfasste ich die vorliegende Dissertation.

Seit September 1987 arbeite ich als Auditorin am Bezirksgericht Zürich.

Im Dezember 1987 erfolgte die Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.

